DER SCHUTZ DES GUTEN GLAUBENS IM HANDELS- UND WECHSELRECHT.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER KAISER-WILHELMS-UNIVERSITÄT IN STRASSBURG

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

VORGELEGT VON

ALBERT WICKMANN
REFERENDAR IN STRASSBURG I. ELS.

BORNA-LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1912.

Referent: Professor Dr. Rehm.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Abschnitt.

§ 1. Wirtschaftliche Momente 1
§ 2. Geschichtlicher Überblick 3

II. Abschnitt.

§ 3. Die Begriffsbestimmung des guten Glaubens im allgemeinen . . 13

III. Abschnitt.

§ 4. Der Schutz des guten Glaubens im Handelsrecht 23

IV. Abschnitt.

§ 5. Der Schutz des guten Glaubens im Wechselrecht 73

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548024_0082

Literaturverzeichnis.

Affolter, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 39: Wechseleigentum und Wechselforderung.

Biermann, Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.

Brand, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1911.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1901.

Cosack, Bürgerliches Recht. 4. Aufl. 1903/04.

Cosack, Handelsgesetzbuch. 6. Aufl. 1903.

Denkschrift zum Handelsgesetzbuch.

Dernburg, Sachenrecht. 4. Aufl. 1908.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1900.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch. 2 Bde. 1901.

Endemann, Handbuch des Handelsgesetzbuchs. Leipzig 1882.

Endemann, Das Wechselrecht. Leipzig 1884.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht. 2. Aufl. 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 8. Aufl. 1909.

Francke, Der Erwerber und sein guter Glaube nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 71.

Fuld, Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 89 S. 402f.

Gareis, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Goldmann, Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 1906.

Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht. Bd. 9.

Hachenburg, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1900.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht. In Fischers Abhandlung zum Privatrecht und Zivilprozeß 1901 Bd. 8.

Knittel, Die Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere. Diss. Straßburg 1890.

Kuhlenbeck, Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsgesetzbuchs. Leipzig 1908.

Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1901.

Levy, Die Voraussetzung des gutgläubigen Fahrniserwerbs. Diss. Freiburg 1902/03.

Makower, Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. 1907. Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Amtliche Ausgabe.

Neuburger, Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs. Diss. 1904.

Planck, Bürgerliches Recht. 3. Aufl. 1908.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Regelsberger, Der sogen. Rechtserwerb von Nichtberechtigten. In Jherings Jahrbüchern Bd. 47 S. 339.

Rehbein, Bürgerliches Recht. Bd. 1 u. 2.

Rehbein, Wechselordnung. Berlin 1908.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1906/07.

Staub-Strantz, Kommentar zur Wechselordnung. 6. Aufl. 1908.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 89 S. 184.

Wieland, Das Wechselrecht und seine zivilrechtlichen Grundlagen. Basel 1901.

I. Abschnitt.

§ 1.

Bei dem hochentwickelten wirtschaftlichen Verkehr, bei dem leichten und schnellen Güteraustausch der heutigen Zeit vollzieht sich ein großer Teil, ja schließlich der größte Teil des geschäftlichen Verkehrs nicht mehr in der Form des Geld- oder Barverkehrs, sondern in der des Kreditverkehrs. Dadurch wird die Güterbewegung ungeheuer gesteigert und die Rechtsordnung immer mehr vor die Aufgabe gestellt, die Verkehrsbedürfnisse der Zeit mit dem Rechtsgefühl und der Rechtslogik möglichst in Einklang zu bringen. Zwei Wege stehen hierbei dem Gesetzgeber offen. Er kann entweder seinen Schutz dem wirklich Berechtigten zuwenden, indem er an seinem Recht jede Verfügung des Unberechtigten wirkungslos abprallen läßt. — Dieser Standpunkt entspricht der Rechtslogik des römischen Rechts, daß niemand mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen. — Oder aber er kann die Interessen des Erwerbers wahrnehmen und gestützt auf einen alten deutschen Rechtsgedanken: „Hand muß Hand wahren" das begründete Vertrauen des Erwerbers auf die vorhandene Rechtslage schützen und die beabsichtigten Rechtswirkungen trotz des mangelnden Verfügungsrechtes des Veräußerers zugunsten des neuen Erwerbers voll eintreten lassen. — Dieser Grundsatz, der also die Sicherheit des Rechtserwerbes höher stellt als die Sicherheit des Rechtsbestandes und den Rechtserwerb auf Kosten wohlerworbener Rechte zum Siege verhilft, ist es, der den Bedürfnissen eines entwickelten Verkehrs gerecht wird. Beide Wege können von der Rechtsordnung eingeschlagen werden, aber beide haben auch ihre Nachteile. Denn jeder erreicht zwar den vollkommenen Schutz der einen Seite, hat aber zugleich eine schwere Schädigung der zweiten im Gefolge.

Bei dem Konflikte beider Prinzipien mußte das römisch-rechtliche — das der absoluten Anerkennung des Fortbestandes des Privateigentums — untergehen, es war veraltet, ein Erzeugnis und zugleich bis in das 19. Jahrhundert hinein ein Überbleibsel der unendlich einfacheren Verkehrsverhältnisse früherer Zeiten. Ein unverrückbares und unlöslich der Person anhaftendes Eigentum war für unsere Zeit unmöglich geworden. Dem Interesse der Allgemeinheit muß sich das Interesse des einzelnen unterordnen, wenn es auch hierdurch beschränkt und eingeengt wird.[1]) Nur so kann diejenige Sicherheit erreicht werden, die allein einen Umsatz der Güter ohne allzu große Ängstlichkeit ermöglicht.[1]) „Der Handel in seiner heutigen Form fordert, daß dieser Güteraustausch auch rechtlich völlig gesichert sei; er verlangt einfache, leicht übersehbare Rechtsverhältnisse und neigt darum einer rechtlichen Steigerung der natürlichen Beweglichkeit der Mobilien zu.“[2]) So hat der Gesetzgeber dem Verkehrsbedürfnis seiner Zeit folgend den Schutz des guten Glaubens dem Erwerber in immer höherem Maße zuteil werden lassen. Ohne diesen Schutz ist heute keine hochentwickelte Volkswirtschaft mehr denkbar. Denn er allein bietet dem Gutgläubigen die Gewähr, daß das von ihm erworbene Gut endgültig und allein ihm zur wirtschaftlichen Verwertung gesichert ist, indem er gegen jeden Anspruch eines Dritten geschützt wird. Der Schutz des guten Glaubens hat daher mit der allgemeinen Entwicklung des Verkehrs sich überall in allen hochentwickelten Ländern durchsetzen müssen und ist jetzt ein die ganze moderne Gesetzgebung beherrschendes Prinzip geworden. Im Bürgerlichen Gesetzbuch, Handelsgesetzbuch und der Wechselordnung hat der Gesetzgeber diesem Prinzip zur Geltung verholfen und damit dem Verkehr die unbedingt erforderliche Rechtssicherheit verliehen.

Gegenstand dieser Arbeit soll nun der Schutz des guten Glaubens im Handels- und Wechselrecht sein. Vorauszuschicken ist noch eine kurze Einleitung, welche die Entwicklung des

---

[1]) Hachenburg, Vorträge S. 130 u. 133.

[2]) s. Goldschmidt, Der Erwerb dinglicher Rechte an Mobilien S. 226.

Schutzes des guten Glaubens im Wechsel der Zeit veranschaulichen und zugleich darauf aufmerksam machen soll, wie alle Vorschriften, die diesen Schutz betreffen und die uns heute so selbstverständlich anmuten, sich nur langsam im Laufe der Zeit herausgeschält haben und wie verschieden sich der Gesetzgeber zu diesem Problem gestellt hat, von dessen Lösung für die Entwicklung unseres Handels und Verkehrs so vieles abhing.

§ 2.

In den vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Handelsgesetzbuch und der Wechselordnung geltenden Rechtsordnungen hat der Grundsatz des Schutzes des guten Glaubens entweder gar nicht oder nur in beschränktem Maße Boden gefunden.

Das römische Recht wird von dem Fundamentalsatz beherrscht: „Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet“.[1]) Nach diesem reinen Traditionsprinzip konnte derjenige, der ohne jede Schuld seinen Gegner für verfügunsberechtigt hielt, kein Eigentum an der veräußerten Sache erwerben. Denn ohne Rücksicht darauf, ob eigene Nachlässigkeit den Besitzverlust verursacht hatte oder die Sache ohne sein Verschulden in die Hände Dritter geraten war, stand dem Eigentümer die ungehinderte Verfolgung gegen jedermann zu. Die Eigentumsverfolgungsklage des römischen Rechts — die rei vindicatio — hatte daher absolute Wirkung: „Ubi rem meam invenio, ibi vindico“. Daher ist der römische Satz, „die starre logische Konsequenz des juristischen Axioms“, unangreifbar in ihrer Folgerichtigkeit, aber von einer solchen Härte für den Gutgläubigen, daß man sogar hier das Bedürfnis fühlte, die in diesem Satze liegende Schwere für den gutgläubigen Erwerber durch das Rechtsinstitut der Ersitzung zu mildern. Dieses stellt das einzige Mittel dar, Eigentum vom Nichteigentümer mit Hilfe eines Zeit-

[1]) Nur in Ansehung der vom Fiskus, dem Regenten und seiner Gemahlin veräußerten Sachen bestand eine unerhebliche Ausnahme. Die gemeinrechtliche Praxis hat diese Abweichung auf die Veräußerung vom Fiskus beschränkt.

ablaufs zu erwerben insofern, als demjenigen, der redlichen titulierten Erwerb einer ersitzungsfähigen Sache nachwies, gegenüber dem Schlechterberechtigten — also nicht gegen den Eigentümer — Rechtsschutz und Rechtsverfolgungsmittel gewährt wurden. Dritten gegenüber kann sich der redliche Erwerber durch die actio Publiciana in seinem Besitz schützen, sofern diese nicht ein gleiches oder besseres Recht haben. Erst die vollendete Ersitzung verwandelte das relative Recht des Erwerbers in ein absolutes. Mit der exceptio rei venditae et traditae konnte sich der Erwerber des Veräußerers und dessen Rechtsnachfolgers erwehren. Auch bei der Berechnung des Ersatzes der herauszugebenden Früchte ist der bonae fidei possessor vor dem malae fidei possessor begünstigt. Jedoch weiter ist das römische Recht im Schutze des guten Glaubens nicht gegangen; ein Eigentumserwerb durch Übertragung seitens des Nichteigentümers ist auch von seiten eines redlichen Erwerbers unmöglich. Doch bietet bereits damals die usucapio dem Erwerber einen gewissen Schutz und birgt, wenn dieser Schutz auch nur ein sehr geringer ist, einen gewissen Fortschritt zugunsten der Elastizität des Verkehrs in sich.

Während das römische Recht das bewegliche und unbewegliche Gut nach wesentlich gleichen Prinzipien behandelte, hatte die Tatsache, daß das germanische Volk ein vorwiegend ackerbautreibendes war, zur Folge, daß das Mobiliareigentum im germanischen Recht einen beschränkteren Schutz erfuhr. Daher ist es verständlich, daß die eisernen Konsequenzen des römischen Grundsatzes hier gemildert sind. Sie finden nur auf die abhanden gekommenen Sachen Anwendung. Auf die Behauptung hin, die Sache sei geraubt oder gestohlen, konnte die Anfangsklage als Ersatz für die versagende Spurfolge erhoben werden, die allmählich auf den Fall ausgedehnt wurde, daß die Sache verloren oder überhaupt dem Besitzer ohne seinen Willen entgangen war. Dem Eigentümer stand hier die Vindikation gegen jeden, auch gegen den gutgläubigen Besitzer unbeschränkt zu. Denn die Fälle galten als Bruch des Rechtsfriedens; daher war es den Germanen hier in erster Linie um die Wiederherstellung dieses Friedens zu tun, so daß jeder Besitzer der

gestohlenen Sache als Mitglied der Friedensgenossenschaft dem Rechtsfrieden, dem Landfrieden, gegenüber zur Herausgabe verpflichtet war. So ließ die Reaktion der Rechtsordnung gegen den im Diebstahl liegenden Friedensbruch den gutgläubigen Erwerber völlig ungeschützt. Hier siegte also der Friedensschutzgedanke über den Publizitätsgedanken, und im Interesse des Rechtsfriedens mußte der Besitzer der Sache, obwohl er die formale Legitimation — den Rechtsschein — für sich in Anspruch nehmen konnte, dem vindizierenden Eigentümer die ihm veräußerte Sache ohne Entgelt herausgeben. — Hatte der Eigentümer dagegen seine Sache freiwillig aus der Hand gegeben, so konnte er sich nur an seinen Vertrauensmann halten. Das deutsche Recht knüpft die Wirkung des Rechtsscheins an den Besitz. Darin liegt die Warnung: „Trau, schau wem!“ Wer einem andern seine Sache anvertraut, bekleidet diesen mit dem Schein des Rechts. Er selber gibt freiwillig die Veranlassung dazu, daß dieser sich gegen ihn kehrt, und muß deshalb die Folgen tragen. Hier entfällt also der Bruch des Rechtsfriedens, und es liegt kein Grund vor, dem Eigentümer die Vindikation gegen jeden gutgläubigen dritten Erwerber zu geben. Daher hat der ursprüngliche Eigentümer kein Rückforderungsrecht gegen den Dritten, an den sie der Empfänger weitergegeben hatte. — Diesem Prinzip wurde in der Rechtsparömie „Wo du deinen Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen“ Ausdruck verliehen. — Damit war jeder Dritte gedeckt. Er sollte sich darauf verlassen können, daß der „Vertrauensmann“, wenn er über die Sache weiterverfügte, dazu befugt war. Der Dritte erwarb zwar kein Eigentum, doch hatte er wenigstens dem Eigentümer gegenüber eine gesicherte Besitzposition — ein habere licere — wie seinerzeit der römische Käufer, denn jenes Eigentum war seiner Waffe beraubt. So war hier der gutgläubige Erwerber günstiger gestellt als im römischen Recht. — Der oben bereits erwähnte Grundsatz unbedingter Verfolgbarkeit solcher Mobilien, deren Besitz der Inhaber wider seinen Willen verloren hatte, wurde mit der Entwicklung des Verkehrs vielfach durchbrochen. Gewisse Sachen wurden privilegiert und konnten nicht herausverlangt werden,

so erbeutete Sachen, auf gemeinem Markte gekaufte und nach dem Recht der Hansastädte auch über See gekommene Sachen. Jüdische Kaufleute, die im guten Glauben Sachen gekauft oder zu Pfand genommen hatten, brauchten dieselben, auch wenn sie gestohlen waren, nur gegen Erstattung des Kaufpreises — refuso pretio — herauszugeben. So hielt die deutsche Rechtsauffassung das Interesse des Verkehrs bereits für wertvoll genug, um dem Schutz des guten Glaubens immer neue Sachen zuzuführen. Doch darf man nicht vergessen, daß dieser Schutz dem reinen germanischen Fahrnisrecht anfangs noch völlig fremd war. Die Grundlage seines einfachen und klaren Mobiliarklagsystems war nicht die bona oder mala fides des Erwerbers, sondern nur der Gedanke der Offenkundigkeit der Rechtsverhältnisse, der Publizitätsgedanke. Wie heute ein Eintrag im Grundbuch die Wirkung hat, daß zugunsten desjenigen, der ein Recht an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt — materielles Publizitätsprinzip —, so hatte damals die Tatsache, daß jemand die unmittelbare Herrschaft über eine bewegliche Sache hatte, die Wirkung, daß seine Dispositionen über sie wie Dispositionen des Eigentümers angesehen wurden.[1]) Dieses Prinzip der Publizität hat Huber zuerst richtig erkannt und auf seine Bedeutung hingewiesen. Die Gewere war die sinnlich wahrnehmbare kundbare, d. h. für jedermann erkennbare Seite des abstrakten dinglichen Rechts, die formale Legitimation, die den Rechtsschein für den in Anspruch nahm, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübte. Noch war dieses Publizitätsprinzip nur von dem Gedanken der äußeren Erkennbarkeit des Rechts beherrscht, der Schutz des guten Glaubens war damals noch völlig fremd, bis man anfing, „vom Kläger den Beweis zu verlangen, daß er der Eigentümer sei; wenn man alsdann die Klage verweigerte, sobald ein Vertrauensmann die Sache einem Dritten, der von der Klage nichts wußte, veräußert hatte, dagegen zugestand, wenn die Sache von dem Beklagten gestohlen war, so ergab sich aus der Zusammenstellung dieser Fälle die Folge, daß man von einem

[1]) Huber, System und Geschichte des schweiz. PrivR. Bd. 4 S. 245, 247.

Schutz des gutgläubigen Erwerbes sprach".[1]) So stellte sich das Erfordernis des guten Glaubens neben das Erfordernis des kundbaren Erwerbs und verdrängte schließlich das hergebrachte Erfordernis unter Mitwirkung der Vorstellung, daß durch die Kundbarkeit nur die Redlichkeit verbürgt werden solle. Die alte Rechtsparömie „Hand wahre Hand" wurde jetzt in diesem Sinne interpretiert, und dieser neue Gedanke, daß nur der redliche Erwerb Anspruch auf rechtlichen Schutz habe, schlug im deutschen Rechtsbewußtsein seine tiefen Wurzeln und hat in dieser abgeschliffenen Fassung des Publizitätsgedankens in den modernen Gesetzbüchern Aufnahme gefunden. — So entstand also hier im germanischen Recht eine Regelung, die in glücklicher Weise zwischen deutschem und römischem Recht vermitteln konnte.[1])

Das gemeine Recht hat im wesentlichen die römischrechtlichen Grundsätze rezipiert. Dadurch wurden die deutschrechtlichen zurückgedrängt, und der ganze Fortschritt, der in der Entwicklung des deutschrechtlichen Gedankens lag, drohte im Keime zu ersticken. Man griff auf die rei vindicatio im römischen Sinne zurück, und es kam damals auch die actio Publiciana wieder auf. Der Grundsatz der Ablehnung des Rechtserwerbes bei abhanden gekommenen Sachen ist geblieben, aber — hinausgehend über das deutsche Recht — immer mehr hat sich der Gedanke entwickelt, daß dem Dritten nicht nur eine gegen die Vindikation geschützte Besitzlage, sondern eine vollgültige Rechtsstellung zuerkannt werden müsse.

In manchen Rechtsgebieten bürgerte sich nun das rezipierte römische Recht in seiner ganzen Strenge ein und schloß die Regel „Hand muß Hand wahren" aus, in anderen Rechtsgebieten wurde die deutschrechtliche Unterscheidung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust aufrechterhalten. Die neueren Kodifikationen schließen sich teils den römischen, teils den germanischen Grundsätzen an, teils vertreten sie ein vermittelndes Prinzip. Doch ist ganz allgemein der Grundsatz bemerkbar, die Vindikation zugunsten des gutgläubigen Erwerbers zu beschränken.

---

[1]) Schulze in Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 17.

Das preuß. allgem. Landrecht nimmt zunächst eine ausgeprägte Mittelstellung zwischen den römisch- und deutschrechtlichen Anschauungen ein. Noch wagte man es nicht, mit der gemeinrechtlichen Doktrin ganz zu brechen, da der alte Fundamentalsatz des römischen Rechts in logischer Beziehung so unanfechtbar und in seiner prägnanten Kürze die Schattenseiten bei der praktischen Anwendung immer wieder von neuem verkennen ließ. Daher ist es verständlich, daß auch das preuß. allgem. Landrecht den Unterschied zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust noch unberücksichtigt ließ. Doch schützte es den bonae fidei possessor dadurch, daß es ihm in Anlehnung an das lübische Recht, wenn er die Sache von einer unverdächtigen Person oder entgeltlich erworben oder seinen Gewährsmann oder Besitztitel angeben konnte, die Verpflichtung der Herausgabe an den besser Berechtigten nur gegen Erstattung des Gezahlten auferlegte. Das war das sogen. Lösungsrecht, das aus alten Statutarrechten hervorgegangen war. Die Klage charakterisierte sich also als eine entgeltliche rei vindicatio. Gewisse Sachen waren ohne Rücksicht auf das Recht des Veräußerers der Vindikation entzogen, so die vom Fiskus, bei öffentlicher Versteigerung, im Laden eines zünftigen Kaufmannes gekauften oder zu Pfand genommenen, ebenso bar kursierendes Geld und Inhaberpapiere.[1]) So wurde das Recht des Eigentümers und die Sicherheit des Verkehrs gleichmäßig bedacht.

Das sächs. Gesetzbuch steht noch gänzlich auf römischrechtlichem Boden, doch sind auch hier ähnliche Beschränkungen der Vindikation wie im allgem. Landrecht bekannt.[2])

Zur gesetzlichen Anerkennung gebracht wurde der durch die Rezeption des römischen Rechts zurückgedrängte deutschrechtliche Grundsatz durch den code civil. Wie auf manchen anderen Gebieten sind auch hier die deutschrechtlichen Grundsätze im französischen Recht aufbewahrt und fortentwickelt worden. Das französische Recht (und ihm ähnlich das badische Landrecht) läßt mit seinem Rechtssatz: „En fait de meubles la

---

[1]) Dernburg Bd. 3 S. 333.

[2]) Planck, Sachenrecht S. 21.

possession vaut titre“ den Eigentumserwerb mit dem Besitzerwerb zusammenfallen und geht insofern über das deutsche Recht hinaus, als es nicht nur die Klagen des Eigentümers beschränkt, sondern in dem Besitzerwerb einen besonderen Eigentumserwerbsgrund schafft. Der Erwerber erlangt also nicht nur einen gegen die Vindikation geschützten Begriff wie im deutschen Recht, sondern Eigentum, und damit geht das französische Recht im Schutze des Erwerbers erheblich weiter. Die herrschende Doktrin hat angenommen, daß der unredliche Erwerb ausgenommen ist und ebenso der Eigentumserwerb bei gestohlenen und verlorenen Sachen (Art. 2279 Abs. 2). Nur wenn solche Sachen auf einer Messe, einem Markte, in öffentlicher Versteigerung oder bei einem Kaufmann, der mit solchen Sachen handelt, gekauft werden, steht dem redlichen Erwerber entsprechend dem allgem. Landrecht ein Lösungsanspruch zu.

Die neuesten deutschen Kodifikationen haben sich dieser Grundtendenz, durch Einschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung an Mobilien den Umlauf dieser zu sichern — wie sie bereits im code civil zum Ausdruck gekommen —, angeschlossen und damit das deutsche Prinzip wieder hochgehoben. Das in seinen Konsequenzen rücksichtslose und für den Verkehr bedenkliche römische System mußte fallen, da das Handelsrecht von jeher gegen eine unbeschränkte Verfolgung des Eigentums in jedes Dritten Hand angekämpft hat: Waren und Wertpapiere sind zum raschen Umlauf bestimmt, eine eingehende Prüfung des Eigentumsverhältnisses ist hier ausgeschlossen.[1]) Zuerst wurde diesem Streben nach Einengung in der allgem. deutschen Wechselordnung von 1847 für den Erwerb von Wechseln Rechnung getragen. Diese läßt noch den Unterschied zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust unberücksichtigt und bestimmt, daß der durch fortlaufende Indossements legitimierte Inhaber eines Wechsels zu dessen Herausgabe nur angehalten werden kann, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung desselben eine grobe

[1]) Regelsberger, Der sogen. Rechtserwerb von Nichtberechtigten S. 351.

Fahrlässigkeit zur Last fällt. Eine Schutzvorschrift zugunsten des gutgläubigen Wechselerwerbers war im Entwurf der Wechselordnung selbst noch nicht enthalten. Bei der Beratung wurde zunächst ein wechselrechtlicher Schutz für den gutgläubigen Erwerber eines gestohlenen Wechsels angeregt, eine bezügliche Vorschrift zunächst aber abgelehnt.[1]) In einer späteren Sitzung wurde eine Vorschrift für gut befunden, wonach im Falle bösgläubigen oder grobfahrlässigen Erwerbs der Inhaber einen durch verfälschtes Giro in seine Hand gediehenen Wechsel auszuantworten habe. Eine weitergehende Ausantwortungspflicht wurde nicht anerkannt. Die Fassungskommission hat diese Beschlüsse in die Form des jetzigen Art. 74 gegossen.[2]) In der Wechselordnung wird also zum ersten Mal offen das Prinzip anerkannt, das dem germanischen Recht zugrunde liegt und in dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch seine feste Gestaltung gefunden hat.

Das alte Handelsgesetzbuch hat ebenfalls erst nach langen Beratungen — nur die dritte Lesung brachte nach zweimaliger Beratung die Entscheidung — eine allgemeine Regel zugunsten des Schutzes des guten Glaubens aufgenommen und die Anschauung, daß bei einem Erwerb vom Nichteigentümer auch materiellrechtlich das Eigentum auf den Erwerber übergehe, mit voller Klarheit durchgeführt. Doch wurde der Antrag, alle auf Grund eines Handelsgeschäftes erworbenen Sachen nach gleichen Grundsätzen zu beurteilen, dahin beschränkt, daß nur der redliche Erwerber in bezug auf die von einem Kaufmann in seinem Handelsbetrieb veräußerten oder verpfändeten Sachen geschützt sein sollte. Ein Lösungsanspruch ist dagegen im Handelsgesetzbuch nicht vorgesehen. Das ältere deutsche Handelsgesetzbuch trifft, abgesehen von Inhaberpapieren, in bezug auf gestohlene und verlorene Sachen keinerlei Bestimmung und läßt das bürgerliche Recht bestehen. Bei Inhaberpapieren fällt die Unterscheidung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust und die Beschränkung auf den Handelsverkehr weg. Bei ihnen

---

[1]) Prot. S. 142 ff.

[2]) Prot. S. 228 ff., 240, 263; Bernstein, WO. Art. 74.

erlischt bei redlichem Erwerb eines Dritten schlechthin das Eigentum des ursprünglichen Eigentümers. Der gutgläubige Erwerber wird Eigentümer, sofern nur Veräußerung und Übergabe erfolgt sind. So sind durch die deutsche Wechselordnung und das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch für den Handelsverkehr die Grundsätze des germanischen Rechts, jedoch in verschiedenem Maße je nach Verschiedenheit des Gegenstandes, zur allgemeinen Geltung gelangt.[1])

So weit war die Rechtsentwicklung gediehen, als die Gesetzgebung des Deutschen Reiches an die Schaffung eines gemeinsamen Bürgerlichen Gesetzbuchs herantrat. Die rechtlichen Bedürfnisse des Verkehrs, die in der Wechselordnung und dem alten Handelsgesetzbuch naturgemäß zuerst Ausdruck gefunden hatten, mußten nun auch hier Eingang finden. Ein wirksamer Schutz des redlichen Erwerbs hatte sich als eine unabweisbare Forderung herausgestellt. Zweifel waren nur noch über die Wahl des Systems vorhanden. Hierbei kamen drei Hauptsysteme in Frage, die in den deutschen Landen galten: das römische, das dem Erwerber nur ein relativ wirksames Recht zuwies, das erst durch die Ersitzung absolute Kraft erhielt, ein auf den deutschrechtlichen Anschauungen beruhendes System, das dem redlichen Erwerber sofort volles Eigentumsrecht verschafft, ein drittes, das dem wirklich Berechtigten die Zurückforderung seiner Sache auch vom gutgläubigen Erwerber gestattet, aber nur gegen Schadloshaltung des gegenwärtigen Besitzers, also das Prinzip des Lösungsrechts.[2])

Das deutschrechtliche System hat bei der Neuordnung des Privatrechts den Sieg davongetragen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die handelsrechtlichen Sonderbestimmungen des alten Handelsgesetzbuches, „das gemeinsame Minimalrecht für den Handelsverkehr“ zum allgemeingültigen Recht erhoben, „weil die Disharmonie zwischen merkantilem und bürgerlichem Recht eine Kalamität sei“.[3]) Maßgebend hierfür war hauptsächlich

[1]) Goldschmidt, Der Erwerb dinglicher Rechte an Mobilien S. 65.

[2]) Regelsberger S. 351/52.

[3]) Thomsen, Gesamtbericht über die Tätigkeit des Deutschen Juristentages 1860—1885 (15. DJT.) S. 28.

die Erwägung, daß der Eigentümer sich gegen die Veräußerung durch einen Nichtberechtigten, abgesehen von den Fällen der Entziehung, genügend dadureh schützen kann, daß er den Besitz nicht aus der Hand gibt, und dadurch bei Dritten den Irrtum, daß die Sache einem andern gehöre, ausschließt,[1]) während der Erwerber nicht immer in der Lage ist, sich über das Recht seines Veräußerers die erforderliche Sicherheit zu verschaffen. Es ist daher billig, den Schaden vom Eigentümer tragen zu lassen. Der in dem einen oder anderen Falle den Eigentümer treffende Verlust wird auch sehr oft dadurch aufgehoben werden, daß der Eigentümer die Gewähr hat, die Sache mit einer den Erwerber sicherstellenden Wirkung veräußern zu können. In diesen Erwägungen finden sich die Grundgedanken des älteren deutschen Rechts — insbesondere der Grundsatz der Kundbarkeit — wieder. „Überall schützt jetzt im Verkehr der Menschen untereinander das Recht die typische Form als die regelmäßige, erkennbare, kundbare, äußere Erscheinung der Rechte.“ Und diese jedem erkennbare Erscheinungsform begründet eine Vermutung für das Recht, erzeugt einen Rechtsschein. Ihn sogar vor dem Rechte des wirklichen Eigentümers zu schützen, erfordert die Sicherheit des Verkehrs, wenn hierdurch auch der wirklich Berechtigte geschädigt wird. „Das Individualrecht muß eben von einem Tropfen sozialen Öl durchsickert sein“, was Otto Gierke das soziale Element im Privatrecht nennt. Der Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuches ist also vom Prinzip der Kundbarkeit beherrscht. — Nach ihm wird der gutgläubige Erwerber auch dann Eigentümer, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war. Hiervon macht analog dem altdeutschen Recht der § 935 eine Ausnahme zugunsten dessen, dem eine Sache verloren, gestohlen oder sonst abhanden gekommen ist. — Durch die im Bürgerlichen Gesetzbuche erfolgte allgemeine Durchführung dieser Grundsätze ist eine besondere handelsrechtliche Vorschrift darüber, wie sie sich in den Art. 306—308 allgem. HGB. fand, in der Hauptsache überflüssig geworden; sie ist also beseitigt worden (die Sätze der

[1]) Mot. z. BGB. Bd. 3 S. 344.

§§ 932—936 BGB. sind eine Weiterentwicklung der Art. 306 und 307 allgem. HGB., von denen sie sich in der Fassung nicht unwesentlich unterscheiden). — Auf dem Gebiete des Handelsrechts wurde nun ein wichtiger Schritt weiter vorwärts getan durch die Schaffung des § 366 n. HGB. Dieser Paragraph hat der bereits früher vorhandenen extensiven Interpretation, die der Art. 306 von der handelsrechtlichen Praxis aus erfuhr, eine gesetzliche Grundlage und ihr damit definitive Gültigkeit gegeben. Hierin liegt der große Fortschritt. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, auf die sich der neue § 366 bezieht, finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuche in den §§ 932—936, 1207, 1208, 1257, zu deren Verständnis die §§ 929 bis 931, 1205, 1206 heranzuziehen sind. Auf diese Paragraphen wird, da die handelsrechtlichen Bestimmungen hier ihre Wurzel finden und die Wechselordnung ebenfalls auf sie hinweist, da, wo die Vorschriften des Handelsgesetzbuches oder der Wechselordnung über sie hinausgehen, Bezug genommen und der Unterschied besonders betont werden. Den Schutz des guten Glaubens im Handels- und Wechselrecht sowie das Verhältnis zwischen diesen in Ansehung dieses Schutzes zu betrachten und festzustellen wird unsere Aufgabe sein.

II. Abschnitt.

§ 3.

Da unser Thema den Schutz des guten Glaubens im Handels- und Wechselrecht behandeln soll, so ist hier zunächst, bevor auf die Frage eingegangen wird, wo und wie dieser Schutz gewährt werden soll, der Begriff des guten Glaubens aus seiner Umgebung loszulösen und zu versuchen, eine möglichst genaue allgemeine Definition desselben zu geben.

Das Schlagwort der „Redlichkeit“, das sich im alten Handelsgesetzbuche vorfand, ist im neuen Handelsgesetzbuche durch den Begriff des „guten Glaubens“ ersetzt worden. Doch stellt

das letztere ebensowenig wie das erstere eine Definition des guten Glaubens auf, sondern läßt hier die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden. Die Wechselordnung gibt auch keine Begriffsbestimmung, sondern sie besagt, unter welcher Voraussetzung der Erwerber bösgläubig ist und deshalb im Besitze nicht geschützt wird. Daraus ergibt sich aber, daß wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft, der Erwerber gutgläubig ist und wegen seiner Gutgläubigkeit im Besitz geschützt wird. — Der gute Glaube hat also direkt weder in dem Handelsgesetzbuche noch in der Wechselordnung eine klare und immer verwendbare Definition erfahren. Dies ist im Interesse seiner großen Bedeutung zu beklagen. Bei der Wechselordnung ist es zwar verständlich, wenn man bedenkt, daß sie aus dem Jahre 1847 stammt. Damals sah man in dem gutgläubigen Erwerb nichts anderes als eine Vindikationsbeschränkung des römischen Dominiums, die vom Verkehr als notwendig empfunden wurde. Damals wußte man nur wenig von einem deutschrechtlichen Mobiliareigentum, denn die germanistischen Studien waren noch zu gering entwickelt. Daher will die Wechselordnung den Anschauungen der damaligen Zeit entsprechend ihrem Wortlaut nach — in Art. 74 — nicht den gutgläubigen Erwerb regeln, wie in der Wechselordnung überhaupt keine ausdrücklichen Bestimmungen über Eigentumserwerb am Wechsel gegeben sind, sondern sie will nur dem früheren Eigentümer des Wechsels unter gewissen Umständen die Vindikationsklage nehmen. „Zwar ist allgemein angenommen, daß als positive Folge der nicht stattzugebenden Eigentumsklage materiellrechtlich der gutgläubige legitimierte Erwerber Eigentümer werden soll“;[1]) es darf aber dabei nie vergessen werden, daß der Art. 74 seinem Wortlaut nach nur die Klage nimmt. Daher hat Knittel recht, wenn er die Fassung des Art. 74 „eine naive unjuristische Fassung“ nennt. Die damalige Rechtswissenschaft sagt nicht: „Wenn du die Sache gutgläubig erworben hast, so darfst du sie behalten;

[1]) Cosack, HR. S. 234; Staub, WO. Art. 74.

niemand kann dich zwingen, sie herauszugeben". Sie stellt also nicht die Hauptsache, die Rechtsfolge, die Unzulässigkeit der Klage in den Hauptsatz und die Voraussetzung dieses Satzes logischerweise in einen Bedingungssatz, vielmehr sagt sie, daß der legitimierte Besitzer eines Wechsels nur dann zur Herausgabe gezwungen werden kann, wenn er „in bösem Glauben erworben hat oder ihm eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt". Das Bürgerliche Gesetzbuch und das Handelsgesetzbuch sagen ihrerseits, daß man auch dann vom Nichteigentümer Eigentum erlange, „es sei denn, daß man nicht im guten Glauben ist". Zunächst ist hervorzuheben, daß die Wechselordnung noch nicht unter dem Einflusse des Prinzips, durch die Wortstellung zugleich die Beweislast zu regeln, entstanden ist. Nach dem Handelsgesetzbuche ist der Erwerber auf Grund der Vorschrift des § 932 Abs. 2 BGB., die hier als Ersatz für die im Handelsgesetzbuche fehlende Anwendung findet, „nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache dem Veräußerer gehört". Die Wechselordnung spricht vom bösen Glauben, ohne aber zu erklären, was sie darunter versteht. Daher greift hier die Definition des Bürgerlichen Gesetzbuches ein, so daß „böser Glaube" identisch ist mit „nicht guter Glaube". So ist also trotz der verschiedenen Fassung der Gesetze sowohl im Handelsgesetzbuche wie auch in der Wechselordnung der Begriff des guten Glaubens im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB. zu interpretieren. — Ist nun in diesem Paragraphen eine klare und brauchbare Definition gegeben? Zunächst ergibt die Umkehrung des Satzes, daß der Erwerber in gutem Glauben ist, wenn ihm der Mangel des Veräußerereigentums ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Ist nun immer derjenige im guten Glauben, dem ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt ist, „daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört?" Das Gesetz selbst zeigt uns, daß dies nicht der Fall ist. Dies geht bereits daraus hervor, daß es den Begriff des guten Glaubens bald hier, bald dort braucht, in Fällen, in denen eine Einsetzung der Definition des § 932 Abs. 2 keinen Sinn ergibt. Eine Definition aber, die nicht auf alle Fälle anwendbar ist, ist keine Definition. Dadurch daß

der Gesetzgeber in einer Reihe von einzelnen Sonderbestimmungen die entsprechende Anwendung der Vorschriften über gutgläubigen Erwerb auch bei Unkenntnis mangelnder Verfügungsgewalt und Vertretungsgewalt für anwendbar erklärt, in einer anderen Gruppe von Fällen aber, in denen der Erwerb auch an der mangelnden Verfügungsgewalt bezw. mangelnden Vertretungsgewalt scheitert, über die entsprechende Anwendung nichts anordnet, beweist er deutlich, daß er den Begriff des guten Glaubens im § 932 Abs. 2 nicht abschließend definieren will. Sein Schweigen in gewissen Fällen kann nur bedeuten, daß eine analoge Anwendung dieser Vorschriften ausgeschlossen sein soll. Denn es wäre sonst nicht verständlich, weshalb „die entsprechende Anwendung“ in einzelnen Fällen eine besondere Vorschrift erforderte, in anderen gleichartigen Fällen aber ohne solche stattfinden könnte. Es sei hier nur z. B. an die Sonderbestimmung der §§ 135, 142, 161, 933, 934, 936, 1032, 1207, 1244, 1262 BGB. und an den § 366 HGB. erinnert, in denen der Gesetzgeber den guten Glauben des § 932 Abs. 2 durch Sätze wie: „es sei denn, daß er nicht im guten Glauben ist“ oder „die Vorschriften der § 930—936 finden entsprechende Anwendung“ einen anderen sonst zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstand ersetzt hat. So haben wir einen guten Glauben im Bürgerlichen Gesetzbuche in den verschiedensten Fällen, und seine Richtung ist vielfach eine andere. Wir haben einen guten Glauben in „Ansehung eines beschränkten Rechts;“ bei entsprechender Anwendung ist der Begriff oft erweitert, so daß er statt des Eigentums die Beobachtung der Erfordernisse, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt, oder die sonstige Verfügungsbefugnis mitumfaßt, im Handelsgesetzbuche fallen sogar Eigentum, Verfügungsbefugnis und Lastenfreiheit in diesem Begriff zusammen. Alle diese Beispiele sollen nur beweisen, daß die Definition des guten Glaubens, wie § 932 Abs. 2 sie aufstellt, nicht erschöpfend ist, sondern daß je nach den Fällen der Begriff selbst in seinem Inhalt verschieden gefärbt ist. Doch ist — da der Gesetzgeber hier im § 932 Abs. 2 den Hauptfall, in dem der gute Glaube fehlt, hervorhebt — in jedem Fall auf diesen Paragraphen zurückzugreifen. Er ist also die Basis, von der aus jede Einschränkung

wie auch jede Erweiterung des Gesetzgebers ausgeht; — er ist gleichsam der Nullpunkt, den der Gesetzgeber — wie der Physiker beim Thermometer — willkürlich angenommen hat und von dem aus er je nach dem ihm geboten erscheinenden Zweck bald erweiternd, bald einengend den Begriff des guten Glaubens in den verschiedenen Bestimmungen des Gesetzes wieder, wenn auch in veränderter Form, entstehen läßt.

Daher soll der § 932 Abs. 2 unserer Definition des guten Glaubens als Basis dienen und dann aus dieser ein Oberbegriff gesucht werden. Die alte Streitfrage, die sich nach dem alten Handelsgesetzbuch an den Begriff des redlichen Erwerbers knüpfte, ob der Erwerber positiv die Überzeugung haben müsse, daß kein Mangel seinem Erwerb entgegenstehe, oder ob er nur negativ mit dem dem Erwerb entgegenstehenden Mangel unbekannt sein müsse, ob also der gute Glaube als ein Positivum oder Negativum zu definieren sei, dürfte heute nur von geringerer Bedeutung, ja u. E. belanglos sein. Denn die Umkehrung des § 932 Abs. 2 berechtigt uns zu der Annahme, daß der gute Glaube bereits dann vorhanden ist, wenn dem Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit der Mangel des Veräußerungseigentums unbekannt war. Daher ist u. E. schon das reine Nichtwissen — ohne grobe Fahrlässigkeit — identisch mit gutem Glauben.

Doch sind noch heute die Ansichten über diese alte Streitfrage — ob guter Glaube als Positivum oder Negativum zu definieren sei — geteilt, und wie man schon früher zwischen „ignorare“ und „putare“ schwankte, so existiert auch jetzt noch eine Spaltung zwischen denen, welche das Nichtvorhandensein des unredlichen Willens, und solchen, welche die positive Meinung eigener Rechtmäßigkeit als das einzig Ausschlaggebende betrachten. Aus der Definition, die Dernburg vom guten Glauben gibt: „Als redlicher Besitzer ist vielmehr anzusehen, wer seinen Erwerb entschuldbarerweise für rechtmäßig hält“[1]) geht hervor, daß der gute Glaube etwas Positives, nämlich die Meinung rechtmäßigen Erwerbes sein muß. So sieht Dernburg in dem guten

[1]) Dernburg S. 336; Staudinger Bd. 3 S. 308; Kuhlenbeck Bd. 2 S. 54.

Glauben „die wirtschaftliche und ethische Rechtfertigung und den rechtlichen Grund des Eigentumserwerbs". Seiner Auffassung stimmen die Motive[1]) bei, indem sie die Prüfung des Veräußerereigentums dem gutgläubigen Erwerber zur Pflicht machen. Eine solche Nachforschungspflicht kann aber u. E. bei der hohen wirtschaftlichen Entwicklung unseres modernen Verkehrs unmöglich in jedem Falle verlangt werden, ohne daß von vornherein irgendwie Anlaß gegeben ist, der uns berechtigt, an dem rechtmäßigen Eigentum des Veräußerers zu zweifeln. Daher ist u. E. die Ansicht Dernburgs unhaltbar, wenn er in jedem Falle positiv verlangt, daß der Erwerber seinen Erwerb für rechtmäßig hält. Praktisch wird das Nichtwissen des seinem Erwerb entgegenstehenden Hindernisses wohl immer in der Person des Erwerbers mit der Überzeugung von der Rechtmäßigkeit seines Eigentumserwerbs identisch sein. Wenn keine Veranlassung zu irgendeinem Verdachte für den Erwerber vorliegt, braucht der Gedanke, daß der Veräußerer Eigentümer ist, positiv in ihm gar nicht aufzukommen, er denkt sich eben in diesem Falle nichts Genaues, Positives, und doch ist er keineswegs schlechtgläubig. Die Unterscheidung liegt hier so tief verschleiert, daß wir sagen möchten, daß er — was psychologisch uns durchaus begründet erscheint — unbewußt in seinem Unterbewußtsein seinen Erwerb für normal und rechtmäßig hält, ohne sich aber darüber in seinem Oberbewußtsein klar zu werden, ohne also positiv den guten Glauben zu haben. Erst wenn die näheren Umstände dann einen Mangel des Veräußerers ergeben, lüftet sich in ihm dieser Schleier, und er erkennt jetzt, daß er damals beim Erwerb rechtmäßig zu handeln glaubte, ohne sich aber darüber positiv Rechenschaft gegeben zu haben. Der Unterschied ist also so fein und so nuanciert, daß man zu der Frage berechtigt ist, wo denn die genaue Grenze zwischen Nichtkennen des Rechts und der Überzeugung von dem Rechte zu suchen ist? Ist es überhaupt möglich, von einem solchen zu sprechen, oder sind beide nicht im letzten Grunde identisch? Und beruht nicht die Überzeugung, daß man seinen Erwerb für rechtmäßig hält, in letzter Linie

[1]) Mot. Bd. 3 S. 346.

wieder auf dem Nichtwissen etwa vorhandener Mängel? Daher gehen u. A. nach die beiden Streitfragen so ineinander über, daß die eine Annahme immer wieder durch die andere bedingt wird, daß also ein circulus vitiosus hier vorliegt, der eine Lösung der Frage unmöglich macht. Damit ist für uns der Streit erledigt und, wie wir bereits oben betonten, belanglos, indem wir uns auf den Standpunkt stellen, daß es an sich vollkommen gleichgültig ist, ob § 952 Abs. 2 positiv oder negativ abgefaßt ist, obwohl für das Verständnis vielleicht eine positive Fassung wünschenswerter gewesen wäre, daß aber die negative wohl deshalb vorgezogen wurde, weil sie es dem Gesetzgeber zugleich ermöglichte, die Beweislast zu regeln. Der Gesetzgeber hatte diese im allgem. Handelsgesetzbuche in den Kommissionsberatungen anfangs dem Erwerber, später aber, als die hierdurch entstandene Gefahr für den Verkehr offensichtlich wurde, diese dem Vindikanten zugeschoben. Wie die Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Handelsgesetzbuchs ergibt, wird der gute Glaube auf seiten des Erwerbers als vorhanden vermutet. Der Nachweis des guten Glaubens wurde nach dem alten Grundsatz geregelt: „quilibet praesumitur bonus donec probetur contrarium". Aus diesen Erwägungen ist also die negative Fassung des § 932 Abs. 2 zu erklären, die dem Gesetzgeber die Möglichkeit gewährte, zugleich die Definition und die Beweislast in einem Satze zu regeln. Ob diese Fürsorge angezeigt war, ob sie nicht vielmehr zu Mißverständnissen und Zweideutigkeiten Anlaß gegeben hat, mag dahingestellt bleiben.[1])

Bruck[2]) sucht bei der Definition des guten Glaubens das Schwergewicht auf den Ausdruck „infolge grober Fahrlässigkeit" zu legen. Um nicht fahrlässig zu handeln, ist man verpflichtet, alle Zweifel an der Veräußerungsberechtigung des Mitkontrahenten aufzuklären, und indem man dies tut, hat man die positive Überzeugung gewonnen, daß man rechtmäßig erworben hat. Doch was geschieht, wenn zu keinem Zweifel an dieser Veräußerungs-

---

[1]) Jherings Jahrb. Bd. 44 S. 355; Dernburg § 98.

[2]) Bruck, Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte, Breslau 1900, S. 84ff.

berechtigung Anlaß geboten ist? Auch hier kommt Bruck nach unserer Auffassung mit seiner Ansicht nicht weiter.

Es ist jetzt für uns klar, daß der Begriff des guten Glaubens im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB. die nicht durch grobe Fahrlässigkeit hervorgerufene Unkenntnis von dem Mangel des Veräußereigentums mitumfaßt, wobei also bloßes Nichtwissen ohne grobe Fahrlässigkeit dem guten Glauben gleichzustellen ist.

Was versteht man aber unter grober Fahrlässigkeit? Diese Frage ist im folgenden zu erörtern. — Das römische Recht hatte den Satz, daß culpa lata identisch sei mit „id non intellegere quod omnes intellegunt". Damit ist der Begriff aber nicht genau fixiert, denn wer sind die omnes und wie weit geht das intellegere? Schon hieraus ist ersichtlich, daß die Begriffe „omnes" und „intellegere" variable Größen sind, deren Fixierung sich erst aus dem Einzelfall ergeben muß. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat daher mit Recht davon Abstand genommen, eine Definition für grobe Fahrlässigkeit zu geben. Die Entscheidung darüber, ob eine solche vorliegt oder nicht, ist, wie Wendt[1]) u. a. noch richtig bemerkt, in letzter Linie eben stets nur „durch das Gefühl kontrollierbar". Aus der Legaldefinition des Begriffs Fahrlässigkeit, die im § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB. enthalten ist und die folgendermaßen lautet: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt", ist zu entnehmen, daß „grobe Fahrlässigkeit also ein beträchtliches Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist". Wann das der Fall ist, muß Tatfrage bleiben und kann nur im konkreten Falle entschieden werden. Sicher ist, daß im Falle der groben Fahrlässigkeit ein minder strenger Gesichtspunkt bei der Beurteilung anzulegen ist. Der Maßstab der Verkehrsanschauung, den das Gesetz bei Prüfung der Fahrlässigkeit anzulegen vorschreibt, ist nicht für jede Person, die in Frage kommt, der gleiche. Die omnes des römischen Rechts sind daher im allgemeinen erst durch den Einzelfall bestimmbar. — Das Handelsgesetzbuch verlangt z. B. die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, Geschäftsmanns, Kraftführers, Reeders und Schiffers (vgl. §§ 84, 241, 249,

[1]) Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 450ff.

347, 384, 407, 429, 497, 511, 653). Dadurch wird hier dem Begriffe der Fahrlässigkeit ein genauer bestimmter Inhalt gegeben. Die Wechselordnung gibt keine genaue Definition der groben Fahrlässigkeit, daher ist also auch hier auf § 276 BGB. zurückzugreifen. — Ob die früher viel bestrittene Ansicht des gutgläubigen Erwerbers, daß der Veräußerer Eigentümer sei, auf einem Tatsachen- oder Rechtsirrtum beruht, ist gleichgültig; auch bei dem Rechtsirrtum bedarf es der Nachprüfung, ob er auf grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen ist. Das ergibt sich daraus, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch ein Unterschied zwischen dem error iuris und dem error facti nicht bekannt ist. Früher war nämlich der error iuris dem Gutgläubigen schädlich. — Auch darauf, ob der Gutgläubige in seinen Angelegenheiten sorglos verfährt, kommt es nicht an, sondern er hat die Pflicht, verdächtige Umstände aufzuklären. Genügt er dieser Pflicht nicht, so handelt er grobfahrlässig.[1]) Wie bereits oben ausgeführt wurde, erfordert die Sicherheit des Verkehrs, daß der Erwerber nicht schlechthin immer und in jedem Fall Erkundigungen einzuziehen braucht — also beim Fehlen jedes Verdachtsmoments —, sondern nur dann, wenn ein berechtigter Anlaß zu Zweifeln an dem Recht des Veräußerers gegeben ist. Man darf nicht vergessen, daß bei der groben Fahrlässigkeit die Pflicht zur Prüfung der Sache eine geringere sein muß als bei der einfachen, gewöhnlichen, daß also bei der Annahme, daß der Gutgläubige auch ohne Vorliegen eines triftigen Grundes sich in jedem Falle vergewissern soll, ob etwa ein derartiger Zweifel gegeben ist, die einfache Fahrlässigkeit mit der groben immer identisch wäre. Wozu dann noch einen Unterschied zwischen beiden machen! Bei Planck[2]) und Dernburg[3]) spricht gerade dieses gegen ihre Auffassung vom guten Glauben, und ihre Begriffsbestimmungen treffen eher die leichte als die grobe Fahrlässigkeit. M. E. darf — wie auch Staudinger bei seiner Nachforderungspflicht eine zu weitgehende Ängstlichkeit vermieden haben will[4]) — keine allzu große Ängst-

[1]) RG. Bd. 58 S. 162.
[2]) Planck S. 232.
[3]) Dernburg Bd. 3 S. 336.
[4]) Staudinger Bd. 3 S. 309.

lichkeit verlangt werden, denn eine allzu weitgehende, unmotivierte Vorsicht und Sorgfalt würden nur den Verkehr schwer schädigen. Andererseits darf man nicht vergessen, daß die Interessen des sowieso durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbers geschädigten Eigentümers die Einhaltung der richtigen Mitte gebieten. Ein gesunder Verkehr wird daher die Grenze bei der groben Fahrlässigkeit so ziehen, daß da, wo der Richter der ganzen Lage des Falles nach — sowohl nach objektiven wie subjektiven Momenten — einen Schutz des Gutgläubigen für unberechtigt hält, weil in diesem unbedingt nach der ganzen Lage des Einzelfalls Zweifel hätten entstehen müssen, diesem der Schutz des guten Glaubens versagt bleiben soll, während überall, wo dies nicht der Fall ist, der Gutgläubige geschützt sein soll. Nur so läßt sich ohne zu große Störung das Recht des wirklich Berechtigten mit dem des durch seinen guten Glauben scheinbar Berechtigten ohne zu schwere Schädigung des ersteren in Einklang bringen.

Somit ist jetzt der § 932 Abs. 2 vollständig klar. — Guter Glaube ist vorhanden, wenn dem Erwerber der Mangel des Veräußerereigentums ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt ist. Hierbei ist schon das reine Nichtwissen ohne grobe Fahrlässigkeit mit gutem Glauben identisch. Grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn sich für den Gutgläubigen nach der ganzen Lage des Falles — nach objektiven wie subjektiven Momenten — unbedingt eine Nachforschungspflicht, sich über das Recht des Veräußerers volle Klarheit zu verschaffen, ergibt.

Will man nun aus dieser Definition des § 932 Abs. 2 einen einheitlichen Oberbegriff für den guten Glauben herausschälen, der auf alle Fälle anwendbar ist, so ist zu sagen, daß guter Glaube identisch ist mit „Nichtwissen, daß man es mit einem Nichtberechtigten zu tun hat“. Der gute Glaube ist also bei einem Rechtsgeschäft vorhanden, wenn der Mangel, der dem Geschäfte anhaftet, ohne grobe Fahrlässigkeit dem Gutgläubigen unbekannt ist, das heißt, wenn der Mangel, der einer der sämtlichen Grundlagen anhaftet — die nach dem Gesetz zur Erreichung des erstrebten Rechtserfolgs erforderlich sind —, ohne grobe Fahrlässigkeit dem Gutgläubigen unbekannt ist. Diese

Definition umfaßt sowohl die Fälle, in denen das Gesetz den guten Glauben einschränkt, wie auch in denen er ihn erweitert, und ist daher allgemein verwendbar.

Der Versuch, den Begriff des guten Glaubens zu definieren, hat bewiesen, daß im Gesetz eine klare, allgemeine Definition fehlt, was an sich sehr zu bedauern ist, da uns hierdurch eine richtige allgemeine Norm für dieses heute so wichtige Institut genommen ist, und wie die vorstehenden Ausführungen bewiesen haben, gerade über die Begriffsbestimmung des guten Glaubens in der Literatur eine große Meinungsverschiedenheit herrscht, die durch seine verschiedene Auslegung in den Gesetzestexten selbst nur noch eine größere Verwirrung erfahren hat. Solange der Gesetzgeber keine befriedigende Lösung dieser für den Verkehr so wichtigen Definition gefunden hat, ist es, wie unsere Ausführungen bewiesen haben, das einzig Richtige, in allen Fällen, in denen der gute Glaube zur Anwendung kommt, auf die im § 932 Abs. 2 enthaltene und von uns herausgeschälte Begriffsbestimmung zurückzugreifen und diese als Basis anzuerkennen, von welcher der Richter von Fall zu Fall nach seinem besten Ermessen den Begriff des guten Glaubens immer wieder von neuem — bald enger, bald weiter — herauskonstruieren muß, um unserer heutigen Verkehrsentwicklung Rechnung zu tragen und sie vor allem in ihrem aufwärtsstrebenden Gang nicht zu hemmen und lahmzulegen.

III. Abschnitt.

§ 4.

Die nächste Aufgabe ist es, zu zeigen, in welchen Fällen der Schutz des guten Glaubens im Handelsgesetzbuch gewährt wird und wie weit er hier geht. Bei dieser Untersuchung sind die §§ 366, 367 HGB. wegen ihrer Wichtigkeit an die Spitze zu stellen. Daher wird auf sie in erster Linie eingegangen werden,

sie sind für den Schutz des guten Glaubens im Handelsgesetzbuch entscheidend und können als sedes materiae bezeichnet werden. Es wird dann noch kurz auf die anderen Fälle eingegangen werden, in denen der Gesetzgeber diesem Schutze im Handelsgesetzbuch Ausdruck verliehen hat.

Der § 366 erörtert den Schutz des gutgläubigen Erwerbers bei Veräußerung oder Verpfändung beweglicher Sachen durch einen Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes. Hier kommt der Grundsatz zum Ausdruck, daß der gutgläubige Erwerb von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren auch dann Eigentum, und zwar freies unbelastetes Eigentum überträgt, wenn ein Nichtberechtigter die Veräußerung bewirkt hat.

Damit der § 366 Anwendung finden kann, müssen die allgemeinen Voraussetzungen — daß nämlich die Veräußerung oder Verpfändung eine bewegliche Sache betrifft und von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgt — vorliegen.

Nur bei beweglichen Sachen tritt der Schutz des § 366 ein. Unter diesen sind alle körperlichen Gegenstände im Sinne des § 90 BGB. zu verstehen. Nach Reichsgericht (Bd. 67 S. 28, Bd. 68 S. 134) gehören auch die Inhaberpapiere zu ihnen (vgl. die §§ 935 Abs. 2 und 293 BGB.). Daß für das Handelsgesetzbuch dasselbe gilt, ergibt sich daraus, daß im § 366 auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Bezug genommen ist. Es geht ferner daraus hervor, daß der § 367 HGB. sich nur als eine Sondervorschrift für den gutgläubigen Eigentums- und Pfanderwerb eines Bankiers an einem abhanden gekommenen Inhaberpapier darstellt. Liegen also die besonderen Voraussetzungen des § 367 nicht vor, so gilt für den gutgläubigen Rechtserwerb an einem Inhaberpapier die allgemeine Regel des § 366. Dagegen folgt der gutgläubige Erwerb der Forderung aus Orderpapieren besonderen Vorschriften, auf die noch zurückzukommen sein wird, und Besonderes gilt auch für die Legitimationspapiere, z. B. Depotscheine, Erneuerungsscheine, Sparkassenbücher und Versicherungspolicen.[1]) Diese kommen also

[1]) ROHG. Bd. 9 S. 243, Bd. 14 S. 28; RG. Bd. 29 S. 301, Bd. 51 S. 85, Bd. 68 S. 282.

hier nicht in Betracht. Das Wesen des Inhaberpapieres — dieses wird seiner Ähnlichkeit mit dem Orderpapier wegen in unserer späteren Untersuchung über die rechtliche Natur dieses Papieres mit diesem zusammen ausführlich behandelt werden — besteht darin, daß es jedem Inhaber das in ihm verbriefte Recht gewährt. Zu ihnen gehören die Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 793 ff. BGB.), die Inhaberaktien, die Inhabergrundschuldbriefe usw. Den Inhaberpapieren stehen sachenrechtlich gleich die unechten Inhaberpapiere[1]) (Marken, Karten, Billette usw. § 807 BGB.), dagegen nicht die inhaberähnlichen Papiere. Diesen Urkunden fehlt das wesentliche Merkmal der ersteren: Der Inhaber ist nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen (§ 808 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

Ein Kaufmann muß die Veräußerung oder Verpfändung vorgenommen haben, damit der gute Glaube geschützt werden kann. Wann dies der Fall ist, bestimmt sich nach den §§ 1, 2, 3 Abs. 2, 4 u. 5 HGB. Nach Staub[2]) genügt es sogar, wenn der Veräußerer nur kaufmännisch auftritt und infolgedessen als Kaufmann — nach verkehrsüblichen Anschauungen — angesehen werden kann. § 366 findet auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung. Denn auf diese greifen gemäß § 6 HGB. die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften Platz. Handelsgesellschaften aber sind die offene Handelsgesellschaft, die einfache Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die Genossenschaft dagegen ist keine Handelsgesellschaft. Sie soll nach dem Genossenschaftsgesetz (§ 12) nur als Kaufmann gelten, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Bestimmungen trifft. Eine solche ist bezüglich der Veräußerung nach § 366 HGB. nicht getroffen. Auch ein Minderjähriger kann Kaufmann sein, indem das Gewerbe, das die Kaufmannseigenschaft begründet, unter seiner Firma oder in seinem Namen vom Vormund betrieben wird oder indem er selbst ein solches Geschäft mit Er-

---

[1]) Staub Anm. 6 zu § 366; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 472; Dernburg Bd. 3 S. 308.

[2]) Staub Anm. 19 zu § 366.

mächtigung des gesetzlichen Vertreters und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts selbständig betreibt. Ein Minderjähriger, der das Gewerbe ohne die erforderliche Genehmigung betreibt, ist nicht Kaufmann. Die Frage, ob eine Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemannes ein Handelsgewerbe betreiben und Kaufmann sein kann, wird, da sie sehr bestritten ist, später ausführlicher behandelt werden. Daß der Erwerber nicht Kaufmann zu sein braucht, ergibt sich aus der Fassung des § 366, da dieses sonst positiv vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht worden wäre.

Die Veräußerung oder Verpfändung muß der Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vornehmen. Zur Feststellung dieser Tatsache sind die §§ 343, 344 HGB. heranzuziehen und nach ihnen zu entscheiden. Es gilt hier gemäß § 344 die Präsumtion, daß im Zweifel jede Veräußerung oder Verpfändung eines Kaufmannes als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörend gilt. Damit ist der gutgläubige Erwerber sicherer gestellt, da sein Glaube sich nur darauf erstrecken muß, daß ganz allgemein ein Handelsgeschäft in Frage steht.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so gestaltet sich die Rechtslage des gutgläubigen Erwerbers zunächst im Falle der Veräußerung so, daß er hier noch im weiteren Umfange als im bürgerlichen Rechtsverkehr geschützt wird. Damit dieser erweiterte Schutz Platz greifen kann, muß aber eine Veräußerung vorliegen. Hierunter ist nur die freiwillige Veräußerung gemäß den § 929—931 BGB. zu verstehen. Die Veräußerung kann sich hiernach in vier verschiedenen Formen vollziehen. In allen Fällen müssen der Veräußerer und der Erwerber sich darüber einig[1]) sein, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll. Diese Willenseinigung, die als abstraktes Rechtsgeschäft — als dinglicher Vertrag — von dem zugrunde liegenden Verpflichtungsakt völlig unabhängig ist, also auch dann vorliegt, wenn jede der beiden Parteien eine andere causa tradendi dominii im

[1]) Einigung kann auch stillschweigend erfolgen. RG. Bd. 12 S. 81; JurW. 1904 S. 114.

Sinne hatte.[1]) Diese Causa kann verschieden sein: Kauf, Tausch, Schenkung, Depositum und Pignus irregulare, Einbringung in eine Gesellschaft können den Grund für die Einigungsübertragung bilden. Zur Einigung muß aber, um die Veräußerung zu vollenden, die Übergabe der Sache an den Erwerber hinzukommen. Diese Übergabe muß dem Erwerber oder seinem Vertreter [2]) die tatsächliche Verfügungsgewalt zu verschaffen geeignet sein. — Deshalb liegt auch eine Übergabe vor, wenn die sogen. Traditionspapiere übergeben werden: mit der Aushändigung des Papiers gelten die darin verbrieften Waren als mitübertragen. — Keiner Übergabe dagegen bedarf es in den Fällen der §§ 929 Abs. 1 Satz 2, 930, 931 BGB. Hier hat das Gesetz der wirklichen Besitzübertragung gewisse Surrogate gleichgestellt. — Die vier Veräußerungsarten des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind auch für den Fall des § 366 HGB. von Bedeutung. Wohl zu beachten ist aber, daß, während bei der Veräußerung durch den Eigentümer die wirkliche Übergabe durch die eben erwähnten drei Surrogate stets ersetzt wird, dieses beim Erwerb vom Nichteigentümer nur unter Einschränkung der Fall ist. Diese Abweichungen ergeben sich daraus, daß hier nicht notwendig in jedem Falle durch den Veräußerer der Besitz der Sache, das Legitimationsmittel für den gutgläubigen Erwerb, erkennbar gemacht ist. Bei fehlendem Eigentum des Veräußerers wird regelmäßig durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbs nur der Erwerb ausgezeichnet, der sich durch köperliche Übergabe vollzieht, nur dieser genießt also den weitgehenden Schutz des § 932 BGB. und des § 363 HGB. Gründet sich dagegen der Erwerb auf traditio brevi manu, Abtretung des Herausgabeanspruchs oder constitutum possessorium, so ist die Stellung des gutgläubigen Erwerbers erheblich verschlechtert. Falls der Erwerber sich bereits im Besitze der Sache befindet, der Eigentumsübergang sich also ohne jede Übergabe vollzieht, ersetzt der gute Glaube an das

[1]) Staub (Anm. 8 zu § 366) nennt mit Recht die abstrakte Übertragung im Gegensatz zum Veräußerungskausalgeschäft das Veräußerungsvollzugsgeschäft.

[2]) Beim Erwerb durch Stellvertreter braucht es keiner Erwähnung des Vertretungsverhältnisses.

Vorhandensein des Eigentums des Veräußerers nicht unbedingt das in Wahrheit fehlende Eigentum des Veräußerers, sondern nur unter der Bedingung, daß der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt habe (§ 932 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Der z. B. als Mieter bereits im Besitz befindliche Erwerber erlangt nicht durch bloße Willenseinigung Eigentum, wenn er den Veräußerer für den Eigentümer hielt, ohne aber von diesem den unmittelbaren Besitz als Mieter erhalten zu haben.[1]) Dieses einschränkende Erfordernis ist berechtigt, da das Vertrauen des Erwerbers hierdurch eine sichere Grundlage erhält.[2]) — Ebenso wie die traditio brevi manu verhält es sich bei der Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache. Hier fehlt für den Erwerber zunächst ein genügender objektiver Grund zu der Annahme, daß der Veräußerer Eigentümer sei. Daher wird der gutgläubige Erwerber erst dann geschützt, wenn er nachträglich den Besitz vom Dritten erlangt. Falls drittens die Übergabe durch constitutum possessorium erfolgt, genügt nach § 933 das Surrogat des § 930 nicht. Denn da der Veräußerer unmittelbarer Besitzer bleibt, so fehlt auch hier ein Besitzstand, der als Grundlage eines zu schützenden guten Glaubens geeignet wäre. „Der durch den bona fide-Erwerb bedrohte Eigentümer muß dagegen geschützt werden, daß der ihn treffende Rechtsverlust hinter einem so wenig ersichtlichen Akt wie das constitutum possessorium sich verstecke.“ Der gute Glaube des Erwerbers ersetzt also nicht das fehlende Eigentum des Veräußerers, bevor die Sache ihm nachträglich übergeben worden ist.

Wenn diese allgemeinen Voraussetzungen gegeben sind, so tritt der Schutz des guten Glaubens ein. Zunächst ist zu prüfen, in wessen Person der gute Glaube vorhanden sein muß. Grundsätzlich muß das Erfordernis des guten Glaubens beim Erwerber vorliegen. Es genügt nicht, daß der Veräußerer gutgläubig war, wenn der Erwerber es nicht ist. Nur wenn der Erwerber bös-

---

[1]) Ist der Erwerber Besitzdiener, so findet § 932 Abs. 1 Satz 2 auf ihn keine Anwendung, da er noch gar nicht im Besitze der Sache ist.

[2]) Planck § 932 Bem. 1b.

gläubig, der Veräußerer aber tatsächlich berechtigt war, geht das Recht über: „plus est in re quam in existimatione". Andererseits schadet es aber nicht, wenn der Veräußerer bösgläubig war. Nur dann muß grundsätzlich auch beim Veräußerer Gutgläubigkeit vorliegen, wenn er zugleich Erwerber ist. Dies ist bei Illationen eines Gesellschafters in solchen Gesellschaften der Fall, bei denen das Gesellschaftsvermögen im Gesamteigentum der Gemeinschafter steht, unter anderm also bei Illation in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, eine offene Handelsgesellschaft, eine Kommanditgesellschaft und eine Reederei. Denn bei diesen Gesellschaftsformen wird der Inferent durch die Illation, die rechtlich eine Veräußerung sui generis[1]) ist, zugleich mit den andern Gesellschaftern Berechtigter, er ist also zugleich Veräußerer und Erwerber.[2]) Die mala fides des Inferenten hindert den Erwerb für die ganze Gesellschaft, da beim Gesamthandverhältnis das Eigentum an den einzelnen Sachen den Gemeinschaftern nicht nach Bruchteilen, sondern gemeinsam zusteht. Das ganze Eigentum gehört der Gesamtheit der Gesellschafter als solcher, daher ist bona fides des Veräußernden, der zugleich Erwerber ist, unbedingtes Erfordernis des Eigentumserwerbs für die Gesellschaft. — Ähnlich ist die Illation der Ehegatten hinsichtlich der von einem von ihnen bei Eingehung der Gütergemeinschaft bezw. Fahrnisgemeinschaft zum Gesamtgut beigesteuerten Sachen. Hier ist der inferierende Ehegatte Veräußerer, und beide Ehegatten sind als Gemeinschafter zur gesamten Hand Erwerber. Daher ist auch hier bona fides des Inferenten erforderlich.

Der Erwerber ist zunächst nur dann im guten Glauben, wenn er nicht wußte, daß die Sache dem veräußernden Kaufmann nicht gehörte und wenn dieses Nichtwissen nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhte. Es greift also hier die von uns oben gegebene Definition des guten Glaubens im Sinne des § 932 Abs. 2 ein, und somit findet alles, was dort gesagt worden ist auch hier Anwendung. Auch hier ist Streitfrage, ob es genügt,

---

[1]) RG. Bd. 9 S. 148; Staub, Exkurs zu § 122 Anm. 9 und 10.
[2]) Staub HGB. § 366 Anm. 16; RG. Bd. 9 S. 143.

daß der Erwerber gutgläubig im weiteren Sinne ist, daß er also von dem Nichteigentum des Veräußernden keine Kenntnis hatte, oder ob er im Interesse des wahren Eigentümers ein gewisses Maß von Vorsicht ausüben und nicht diejenige Prüfung des Rechts seines Vormanns unterlassen soll, die nach den angegebenen Umständen zu erwarten war und deren Vornahme dem Verhalten eines ordentlichen Mannes entspricht. M. E. soll auch hier aus den bereits oben erwähnten Gründen reines Nichtwissen ohne grobe Fahrlässigkeit genügen, also Gutgläubigkeit im weiteren Sinne. Ob ein grobfahrlässiges Verhalten und somit Schlechtgläubigkeit im Sinne des Gesetzes vorliegt, ist Tatfrage, deren Lösung dem Ermessen des Richters verbleiben muß, wobei sich aber dieser bemühen soll, die richtige Grenze zwischen den Interessen des Veräußerers und des gutgläubigen Erwerbers von Fall zu Fall auf Grund der ihm bekannten objektiven und subjektiven Momente zu finden. Da der Gesetzgeber bisher eine klare, allgemein verwendbare Definition des guten Glaubens nicht aufgestellt hat, so ist es meiner Ansicht nach besser, dem Begriffe seine ganze Elastizität, seine ganze Skala nach oben und nach unten zu lassen, um so dem Ermessen des Richters den größten Spielraum zu lassen. Auf dieser breiten Basis dürfte das praktische Resultat sicherlich für unsere moderne Verkehrsentwicklung günstiger sein, da ein einseitiges willkürliches Einengen des Begriffs nach oben oder nach unten dem Richter bei seiner Entscheidung von Fall zu Fall nur hindernd in den Weg treten kann. Es sei hier nur auf die sich widersprechenden Reichsgerichtsentscheidungen (Bd. 6 S. 22 und 87, Bd. 36 S. 120, Bd. 58 S. 164, Bd. 68 S. 134 usw.) verwiesen.[1])

Handelt der Erwerber in eigener Person, so muß selbstverständlich bei ihm guter Glaube vorhanden sein.

Tritt dagegen für ihn ein Vertreter auf, so kommt regelmäßig der gute Glaube des Bevollmächtigten in Betracht. Denn nach § 166 Abs. 1 BGB. kommt, soweit die rechtlichen Folgen

---

[1]) vgl. ROHG. Bd. 3 S. 384; RG. Bd. 6 S. 21, Bd. 28 S. 113, Bd. 68 S. 134, Bd. 36 S. 121, Bd. 58 S. 125, Bd. 6 S. 89; ZHR. Bd. 3 S. 384.

einer Willenserklärung durch Kenntnis oder Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht. Jedoch kommt es nach § 166 Abs. 2 auch auf die des Vertretenen an, wenn der durch Rechtsgeschäft bestellte Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers handelt. In Ansehung solcher Umstände, die dieser selber kannte oder, soweit das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht, kennen mußte, kann er sich nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen.

Auf Grund des § 166 wird auch der Fall der Einbringung in das Gesellschaftsvermögen anders zu entscheiden sein, wenn nicht die Gesamtheit der Gesellschafter, sondern ihre Vertreter, in der Regel also die geschäftsführenden Gesellschafter (§ 714 BGB.) von einem Gesellschafter erwerben und dieser nicht zugleich Geschäftsführer ist. In diesem Falle kommt es nicht darauf an, ob der einbringende Gesellschafter bösgläubig ist, nur der gute Glaube der übrigen stellvertretenden Gesellschafter kommt in Betracht. § 166 Abs. 2 ist hier ausgeschlossen, da nach Staudinger[1]) und Planck[2]) — was die Generalvollmacht anlangt — die auf Grund einer solchen handelnden Gesellschafter nicht nach bestimmten Weisungen des zu ihren Vollmachtgebern gehörenden einbringenden Gesellschafters handeln. Natürlich ist immer vorausgesetzt, daß der bösgläubige Inferent nicht bei der Illation mitwirkt, da sonst § 166 BGB. in Betracht käme und seine mala fides den Eigentumserwerb hindern würde. Bei Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher kommt es auf dessen guten Glauben, und falls der Gläubiger schlechtgläubig war, nach § 166 Abs. 2 auch hierauf an. Doch ist die Frage sehr bestritten und steht mit der Kontroverse über die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers überhaupt in engem Zusammenhang.[3])

Bei der gesetzlichen Vertretung ist die bei physischen und

---

[1]) Staudinger Bd. 1 § 166.

[2]) Planck daselbst Bem. 2.

[3]) Staub Anm. 16 § 366; Prot. Bd. 3 S. 216, Bd. 4 S. 389; Staudinger Bd. 1 S. 166 Ziff. 2; Biermann § 932 Ziff. 4.

die bei juristischen Personen zu unterscheiden. Der gesetzliche Vertreter einer physischen Person muß beim Eigentumserwerb nach § 166 BGB. gutgläubig sein. Wenn indes der Vertreter die Willenserklärung ausnahmsweise selbst rechtswirksam abgibt, z. B. der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 107 BGB.), so kommt es nur auf den guten Glauben des Handelnden an, denn insoweit entfällt überhaupt eine Vertretung und damit die Anwendbarkeit des § 166 BGB. Die Gutgläubigkeit des Vertreters ist in diesem Falle also belanglos, da diese nur erfordert werden kann, wenn er selbst handelt.

Bei den juristischen Personen kommt nur die Gutgläubigkeit des Vorstandes in Betracht, auf den guten Glauben der einzelnen Mitglieder kommt es dagegen nicht an. Denn eine juristische Person ist eine von den Personen ihrer Mitglieder verschiedene unabhängige Rechtspersönlichkeit. Sie kann daher als solche überhaupt nicht handeln, somit auch keine Willenserklärung durch ihre Vertreter abgeben. Daher kann die juristische Person — im Gegensatz zum Gesamthandverhältnis — auch dann Eigentümerin der vom Inferenten eingebrachten Sache werden, wenn dieser hinsichtlich seines Nichteigentums bezw. der auf der Sache ruhenden Lasten bösgläubig ist. Wirkt dagegen der Veräußerer als Mitglied des Vorstandes, also als Vertreter bei der Illation mit, so ist sein guter Glaube gemäß § 166 BGB. zum Rechtserwerb notwendig. Ist er aber nicht Vorstand oder wirkt er als Vertreter bei der Illation nicht mit, so wird durch den schlechten Glauben dieses Mitglieds beim Erwerb einer beweglichen Sache vom Nichteigentümer durch den Vorstand der Eigentumserwerb nicht gehindert, selbst dann nicht, wenn das bösgläubige Mitglied selbst der Veräußerer ist. Man denke hier nur an den Fall, daß z. B. eine Aktiengesellschaft von einem ihrer Mitglieder eine bewegliche Sache übernimmt. Vorausgesetzt ist in diesem Falle, daß die Aktiengesellschaft bereits gegründet ist, also nach Eintragung in das Handelsregister von ihrem Mitglied die bewegliche Sache übernimmt. Täte sie dies vorher, so käme § 200 HGB. zur Anwendung, nach dem eine Aktiengesellschaft vor der Eintragung

in das Handelsregister noch nicht besteht. Nach Staub[1]) bilden die Gründer, sobald die Gesellschaft errichtet ist, eine bürgerlichrechtliche Sozietät, mithin ein Gesamthandverhältnis. Daher schließt — ebenso wie bei anderen Gesamthandverhältnissen — hier der böse Glaube auch nur eines Gesellschafters beim Erwerb einer beweglichen Sache vom Nichteigentümer den Übergang des Eigentums auf die Gesellschaft aus, „da die Wirkung des Erwerbs nur eine einheitliche in Ansehung des ganzen Eigentums an der Sache sein kann".[2]) Erwerber ist die bürgerlichrechtliche Gesellschaft, daher ist Gutgläubigkeit aller Gründer, mithin auch die des Inferenten, unbedingtes Erfordernis. Die Auffassung, daß die Gründer als Vertreter der künftigen Aktiengesellschaften anzusehen sind,[3]) wird hier nicht berücksichtigt.

Treten für den Erwerber beim Eigentumserwerb Gesamtvertreter auf, so schadet bereits der böse Glaube eines Vertreters. Eine solche Kollektivvertretung liegt z. B. bei dem Gesamtprokuristen (§ 48 Abs. 2 HGB.) oder bei mehreren zusammen vertretungsberechtigten Mitgliedern einer offenen Handelsgesellschaft (§ 125 HGB.) usw. vor.[4]) Staub zieht mit Recht die Folgerung des Erfordernisses der bona fides eines jeden der Kollektivvertreter durch Analogie aus den §§ 125 Abs. 2 Satz 3, 150 Abs. 2 Satz 2, 232 Abs. 3 HGB., in denen übereinstimmend die Abgabe einer Willenserklärung gegenüber einem der zur Mitwirkung bei der Vertretung befugten Gesellschafter für genügend erklärt wird.[5])

Unsere Ausführungen bei der Definition des guten Glaubens im allgemeinen haben bereits erkennen lassen, daß das Vertrauen des gutgläubigen Erwerbers sich auf die verschiedensten Mängel im Recht des Veräußerers beziehen kann. Für den bürgerlichen Rechtsverkehr fordert das Bürgerliche Gesetzbuch gemäß § 932

---

[1]) Staub § 200 HGB.

[2]) Goldschmidt, ZHR. Bd. 40 S. 458.

[3]) RG. Bd. 24 S. 14.

[4]) Staub § 366 Anm. 16; Düringer-Hachenburg Vorbem. zu den §§ 366/67; Staudinger Bd. 3 § 932.

[5]) Staub § 125 Anm. 9, § 232 Anm. 13, § 150 Anm. 6.

guten Glauben des Erwerbers an das Eigentum des Veräußerers. Es genügt nicht, daß der Erwerber gutgläubig das Vorhandensein einer Berechtigung angenommen hat, die dem Verfügenden gestatten würde, für den Eigentümer zu verfügen. Dieser erweiterte Schutz hat im Handelsgesetzbuch Aufnahme gefunden. Objekt des guten Glaubens ist hier nicht nur das Eigentum — wie im Bürgerlichen Gesetzbuch —, sondern auch die Vertungsmacht des Veräußerers, bezw. dessen Befugnis, die Sache frei von Lasten zu veräußern. Dagegen ist im Sinne des § 366 HGB. auch derjenige in seinem guten Glauben geschützt, der ohne grobe Fahrlässigkeit nicht wußte, daß der Veräußerer über die Sache für den Eigentümer nicht verfügen dürfe. Durch diese Vorschrift ist der gute Glaube im Handelsverkehr in erheblich größerem Umfange geschützt wie im bürgerlichen Verkehr. Dieser weitgehende Schutz ist im Interesse der Verkehrssicherheit unbedingt geboten. „Im Handelsverkehr", sagt schon die Denkschrift zum Handelsgesetzbuche[1]), „kann auf diese weitergehende Berücksichtigung des guten Glaubens nicht verzichtet werden. Der Fall, daß auf Grund eines handelsrechtlichen Vertragsverhältnisses die Befugnis begründet ist, über eine fremde Sache, sei es in eigenem Namen, sei es im Namen des Eigentümers zu verfügen, ist so häufig, daß die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigt werden würde, wenn dem entschuldbaren Irrtum über das Vorhandensein einer solchen Verfügungsbefugnis der Schutz versagt bliebe." Kommt es doch im Verkehr sehr häufig vor, daß ein Kaufmann, z. B. ein Kommissionär oder Agent über eine fremde Sache im eigenen Namen oder im Namen des Eigentümers verfügen darf. Daher weist auch die Denkschrift auf die Kommissionäre und Handlungsagenten besonders hin und sagt: „Wer von diesen Waren oder Wertpapiere erwirbt, wird oftmals nicht im unklaren darüber sein, daß die betreffenden Gegenstände nicht dem Veräußerer gehören, er darf sich aber, wenn ihm die Umstände keine Veranlassung zu Zweifel geben, darauf verlassen, daß der Kommissionär zur Verfügung über den Gegenstand befugt ist, und es kann

[1]) Denkschr. S. 206/07.

ihm der Regel nach nicht zugemutet werden, Ermittlungen darüber anzustellen, ob ein gültiger Kommissionsauftrag besteht und wie weit dieser reicht. Das gleiche gilt, wenn ein Handlungsagent im Namen des Geschäftsherrn die Waren desselben, die er auf Lager hat, veräußert oder übergibt".[1])

Um die Notwendigkeit der Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens im Handelsgesetzbuch zu beweisen, seien hier kurz einige praktische unserer Rechtsprechung entnommene Beispiele eingefügt. Verkauft z. B. ein Miteigentümer seinen Anteil mit dem Recht, daß der Käufer den von ihm erworbenen Anteil nach seinem Belieben aus dem Ganzen auswählen dürfe, so erwirbt der Käufer durch eigenmächtiges Ausscheiden Eigentum, wenn er des guten Glaubens war, daß seinem Verkäufer durch Vereinbarung eine solche Befugnis wirklich eingeräumt war.[2]) Ebenso ist einem Bankier, der Inhaberpapiere in Pfand nimmt, von denen er weiß, daß sie zu einem Nachlasse gehören, der gute Glaube nicht zu versagen, weil er nicht geprüft hat, ob die mit ihm in Verhandlung getretenen Erben zur Verfügung über den Nachlaß allein berechtigt sind. Der Geschäftsverkehr würde fast bis zur Unmöglichkeit erschwert werden, wenn einem Bankier Personen gegenüber, die an sich schon durch den Besitz der Inhaberpapiere zur Geltendmachung der Rechte aus ihnen legitimiert sind, so weitgehende und oft nicht ausführbare Legitimationsprüfungen zur Pflicht gemacht würden, es sei denn, daß etwa verdächtige Umstände vorlägen.[3]) Noch verständlicher ist die Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens bei Veräußerungen, die durch Kommissionäre erfolgen (vgl. Denkschr. oben). Denn ihr Gewerbe besteht ja darin, daß sie im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung handeln, also auch über fremdes Gut disponieren. Erhält z. B. ein Kaufmann von seinem Kommittenten Waren, von denen er annehmen muß, sie seien vom Kommissionär auf eigene Rechnung eingekauft, so erwirbt

---

[1]) Denkschr. S. 206/07.
[2]) Staub Anm. 18 zu § 366.
[3]) RG. Bd. 67 S. 27 ff.; Brand S. 871.

der Kommittent Eigentum, wenn auch der Kommissionär kein Eigentum erworben haben sollte.[1])

Diese wenigen der handelsrechtlichen Praxis entnommenen Beispiele beweisen, wie sehr eine Erleichterung des Schutzes des guten Glaubens ein unbedingtes Erfordernis der Handelsverkehrsbedürfnisse der heutigen Zeit sind.

Der Erwerber hat jedoch die bevorzugte Stellung immer nur dann, wenn er angenommen hat, daß der Veräußerer für den Eigentümer über die Sache verfügen kann. In der Denkschrift[2]) wird klar zum Ausdruck gebracht, daß nicht nur der Fall hierher gehört, in welchem jemand im eigenen Namen fremdes Gut veräußert, sondern auch der Fall, in welchem jemand als Vertreter in fremdem Namen fremdes Gut veräußert, so z. B. ein Handlungsagent, der als Vertreter auftritt und als solcher im Namen des Geschäftsherrn veräußert. Die Auslassung der Denkschrit läßt erkennen, welche Bedeutung sie „der Befugnis für den Eigentümer zu verfügen" beimißt. Die herrschende Meinung[3]) in der Literatur teilt auch diesen Standpunkt der Denkschrift. Angesichts dieser ausdrücklichen Begründung des Gesetzes und angesichts der Gesetzesworte, die dieser Deutung nicht widerstreben — denn auch der Pseudovertreter ist ein Veräußerer, dem die Befugnis mangelt, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen —, ist die Meinung von Hellwig[4]) zu verwerfen, die nur den Fall, daß der Veräußerer im eigenen Namen veräußert hat, getroffen wissen will.[5]) Hellwig stellt Vertretungsmacht und Verfügungsmacht einander gegenüber. Die Frage nach der Vertretungsmacht kommt nach ihm nur dann in Betracht, wenn ein Rechtsgeschäft in fremdem Namen vorgenommen ist; dagegen bedeutet Verfügungsmacht die Macht, eine Verfügung selbst, das ist in eigenem Namen vorzunehmen oder durch Vertreter vornehmen zu lassen. Daher

---

[1]) RG. in JurZ. f. Els.-Lothr. Bd. 29 S. 299; Staub Anm. 18 zu § 366.

[2]) Denkschr. S. 207/08.

[3]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 477; Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 366; Staub Anm. 18 zu § 366; Goldmann Nr. 50 zu § 366.

[4]) Hellwig, Rechtskraft S. 98 Anm. 9.

[5]) Lehmann-Ring Anm. 8 zu § 366; Ritter S. 144.

schützt § 366 HGB., welcher „für den Eigentümer“, nicht aber „im Namen des Eigentümers“ sagt, nur den Rechtserwerb im Falle gutgläubig angenommener Verfügungsmacht. Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, daß im § 366 kein Unterschied zwischen Verfügungs- und Vertretungsmacht besteht, da er unter „Verfügung“ nur „das Verfügungsgeschäft abschließen“ versteht, wie dies auch im § 185 BGB. der Fall ist. Das ergibt sich hier daraus, daß „Verfügen“ sich zurückbezieht auf „veräußert oder verpfändet“, worunter nur die Verfügung verstanden wird, ferner daraus, daß der § 366 HGB. über das mit der Veräußerung verbundene obligatorische Geschäft überhaupt nichts aussagt. Der Paragraph versteht daher unter Verfügung nur das dingliche Rechtsgeschäft der Veräußerung und Verpfändung, hinsichtlich dessen der Verfügende als Vertreter des Eigentümers handelt. Da es nicht fraglich ist, wen die Wirkungen dieses dinglichen Rechtsgeschäfts treffen, so ist das „für den Eigentümer“ völlig gleichbedeutend mit „im Namen des Eigentümers“. Die Hellwigsche Ansicht ist daher unbegründet.

Der § 366 kommt daher auch im Falle der Veräußerung durch einen falsus procurator zur Anwendung, und es gilt auf Grund des § 366 HGB. in Verb. mit den §§ 932 u. 177 BGB. folgendes: „Veräußert ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes als Vertreter des Eigentümers eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, ohne die Vertretungsmacht zu haben, so erlangt der Erwerber das Eigentum auch ohne Genehmigung des bisherigen Eigentümers, wenn er, ohne grobfahrlässig zu handeln, den Mangel der Vertretungsmacht des Veräußerers nicht kannte“.

Daß in dem § 366 HGB. eine Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens liegt, geht aus seinem Wortlaut hervor. Dieser lautet: „Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden auch dann Anwendung, wenn . . . “ und weist darauf hin, daß der gutgläubige Eigentumserwerb nach den §§ 932 u. 936 BGB. — also für den Fall des Eigentumserwerbs durch Übertragung und für den Fall des lastenfreien Eigentumserwerbs — nicht etwa ausgeschlossen sein soll, wenn die Veräußerung von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgt,

sondern daß vielmehr in diesem Fall über die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinaus der gute Glaube an die Verfügungsmacht des Veräußerers genügen soll. Die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch spricht, wie bereits oben ausgeführt wurde, ausdrücklich von einer weitergehenden Berücksichtigung des guten Glaubens als im Bürgerlichen Gesetzbuch. Für diese Auffassung einer Erweiterung des guten Glaubens im Handelsgesetzbuch sprechen auch selbst die Ausführungen der Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Dort heißt es[1]): „Der Entwurf läßt nur den Mangel des Veräußerers durch die bona fides des Erwerbers gedeckt werden. Ein Irrtum in Ansehung sonstiger rechtsgeschäftlicher Erfordernisse, wie Vertretungsmacht, Geschäftsunfähigkeit usw., verdient nicht eine ähnliche Begünstigung; es würde unbillig sein, wenn man die schädlichen Folgen eines solchen Irrtums von dem Irrenden auf einen Dritten, den Eigentümer der Sache, abwälzen wollte". Nach diesen Auslassungen der Motive muß der im § 366 HGB. zugelassene Schutz nur als eine für den Handelsverkehr gegebene Sondervorschrift angesehen werden. Dieser Beschränkung auf den Handelsverkehr entsprechen auch die beim Erwerb vom Pfandgläubiger und beim Fruchterwerb gegebenen Sondervorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 1344 u. 957 BGB.), deren es nicht bedurft hätte, wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch einen regelmäßigen Schutz des Vertrauens auf bloße Verfügungsmacht von vornherein immer hätte zulassen wollen. Der § 366 HGB. will also dem guten Glauben des Bürgerlichen Gesetzbuchs — dies haben innere wie äußere Gründe jetzt bewiesen — durch seinen erhöhten Schutz des guten Glaubens eine stärkere Ausgleichungskraft verleihen.

Gegen diese Ansicht, daß der gute Glaube im Handelsgesetzbuch einen weitergehenden Schutz genießt als im Bürgerlichen Gesetzbuch, behauptet Wendt, daß im § 366 HGB. nichts enthalten sei, „was nicht vom Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs ebenfalls zu erklären wäre".[2]) Nach ihm deckt sich also § 366 HGB. vollkommen mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 344.

[2]) Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89 S. 61 ff.

Diese Auffassung ist für uns unhaltbar, und es soll ihr hier nur kurz entgegengetreten werden.

Für die Ausdehnung des Schutzes des guten Glaubens im Falle des § 932 BGB. auch auf die Verfügungsgewalt des Veräußerers spricht nach Wendt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch beim Erwerb vom Pfandgläubiger (§ 1244 BGB.) und beim Fruchterwerb (§ 957 BGB.) ausdrücklich die Zulässigkeit des gutgläubigen Erwerbs von einem vermeintlich Verfügungsberechtigten anerkannt hat. Je öfter nach Wendt bei den einzelnen Rechtsinstituten Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden, um so mehr tritt die einzelne Anwendung hinter dem allgemeinen Gedanken zurück und trägt nur dazu bei, diesen um so mehr zu befestigen und in seiner Allgemeinheit erkennen zu lassen. Nach unserer Auffassung ist diese Schlußfolgerung Wendts unrichtig, da aus diesem Umstand, den Wendt für sich ins Feld führt, gerade so gut geschlossen werden kann — wie wir dies oben getan haben —, daß das Gesetz die entsprechende Anwendung der fraglichen Vorschriften gerade auf bestimmte Tatbestände beschränken will. Mit der weit überwiegenden Meinung der Literatur ist daher zu behaupten, daß die Verläßlichkeitsschutznormen des Bürgerlichen Gesetzbuchs Ausnahmevorschriften darstellen und also nicht grundsätzlich und von vornherein der „Gutgläubige“ geschützt wird, sondern daß die Schutznormen immer nur dann Anwendung finden können, wenn die Anwendbarkeit auf den besonderen Fall sich aus einer Bestimmung des Gesetzes unmittelbar ergibt. Mit anderen Worten ist daher, wie sich aus den positiven Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs jetzt für uns deutlich ergibt, die Legitimationswirkung des Besitzes nicht allgemein anerkannt, sondern nur da, wo der Gesetzgeber dies ausdrücklich bestimmt hat. Wenn dieser Schluß auch nicht befriedigt, so ist er doch als dem wahren Sinne des Gesetzes allein entsprechend anzusehen und die Auffassung Wendts auf Grund der positiven Bestimmungen des Gesetzes abzulehnen.

Nachdem im vorstehenden nachgewiesen worden ist, daß der Schutz des guten Glaubens im Handelsgesetzbuch weiter geht als der des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soll nunmehr unter-

sucht werden, wann dieser gute Glaube, um dieses Schutzes teilhaftig zu werden, vorhanden sein muß.

Der gute Glaube des Erwerbers muß im Regelfall zur Zeit der Veräußerung vorhanden sein, d. h. bei der körperlichen Übergabe, sobald der Übertragungsakt durch die Einigung und die Übergabehandlung vollendet ist. Wenn Einigung und Übergabe zeitlich zusammenfallen, vollzieht sich der Eigentumserwerb mit der Vollendung beider, sonst, je nachdem ob die Einigung oder die Übergabe vorangeht, mit der Vollendung dieser oder jener. Maßgebend für den guten Glauben ist stets der Augenblick, „in welchem der das Eigentum erzeugende Tatbestand vollendet ist, also regelmäßig der Zeitpunkt der Übergabe, wenn aber die Einigung erfolgt, der der letzteren".[1])

Ist der Erwerber bereits im Besitze der Sache, so erwirbt er das Eigentum mit der Einigung; in diesem Augenblicke muß also der gute Glaube vorhanden sein. Ist die Einigung bedingt oder befristet, so kommt es für den guten Glauben auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung bezw. der Frist an.

Beim Erwerb vom Nichteigentümer durch constitutum possessorium wird der Erwerber nach § 933 BGB. erst mit dem Augenblick in seinem guten Glauben geschützt, in dem ihm die Sache nachträglich vom Veräußerer übergeben wird.

Wird die Sache durch Vindikationszession veräußert, so ist hinsichtlich des für den guten Glauben maßgebenden Zeitpunkts zu unterscheiden, ob der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist oder nicht. Im ersten Fall verlangt das Gesetz guten Glauben zur Zeit der Abtretung des Anspruchs, „also bei Abtretung durch Übergabe dieses Verfügungsscheins zur Zeit der Übergabe dieses Scheins".[2]) Ist dieser Zeitpunkt bedingt oder befristet, so ist erst der Augenblick des Eintritts der Bedingung oder Befristung für den guten Glauben maßgebend. Im andern Fall, wenn der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer ist, muß der gute Glaube in dem Augenblick vorhanden sein, in dem der Zessionar den Besitz der Sache vom Dritten erlangt. Anderer

---

[1]) Staub Anm. 27 zu § 366.
[2]) RG. Bd. 49 S. 99 ff.

Ansicht ist Biermann, der im letzteren Fall den guten Glauben auch zur Zeit der Vindikationszession verlangt. Doch ist diese Ansicht u. E. nicht begründet.[1])

Vor dem nach dem bisher Gesagten maßgebenden Zeitpunkt braucht guter Glaube an sich nicht vorhanden zu sein, also auch nicht zur Zeit des Veräußerungskausalsgeschäfts. Regelmäßig wird aber auf Grund der früheren Schlechtgläubigkeit die mala fides auch im kritischen Zeitpunkt präsumiert werden, so daß es des Nachweises besonderer Umstände auf seiten des Erwerbers bedarf, die seine bona fides begründen. Im Falle einer Bedingung oder eines Termins findet das oben hierüber Gesagte auch hier Anwendung. Dernburg[2]) will für diesen Fall des Eintritts einer Bedingung oder eines Termins den guten Glauben in diesem Zeitpunkt hier nicht für entscheidend halten, weil der gutgläubige Erwerber in diesem Moment nicht mehr tätig und infolgedessen sein Wissen und Wollen in diesem Augenblick unerheblich ist. Da der Rechtserwerb nur in diesem Moment eintritt, so kann meiner Ansicht nach nur dieser Moment für den guten Glauben in Betracht kommen.

Erfährt der Erwerber erst nach dem für den guten Glauben maßgebenden Augenblick, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war oder nicht für den Eigentümer verfügen dürfe, so schadet dieser böse Glaube nicht mehr. Denn es gilt der Grundsatz: mala fides superveniens non nocet.[3])

Nach den vorstehenden Erörterungen ist jetzt die Folgerung erlaubt, daß die Rechtswirkung des gutgläubigen Erwerbs darin besteht, daß der Erwerber — obwohl der Veräußerer kein Eigentum an der Sache hatte oder über sie nicht für den Eigentümer verfügen durfte — Eigentümer wird. Doch muß hier betont werden, daß das Nichteigentum bezw. die mangelnde Verfügungsbefugnis des Veräußerers, die unbedingten Voraussetzungen für diesen erweiterten Schutz des gutgläubigen Erwerbs sind, da es sonst des Erfordernisses der Gutgläubigkeit auf seiten des Er-

[1]) Prot. Bd. 3 S. 210; Biermann § 934 BGB.
[2]) Dernburg Bd. 3 § 103.
[3]) ROHG. Bd. 1 S. 81; RG. Bd. 56 S. 317.

werbers nicht bedarf. Die notwendige Folge des Eigentumserwerbs auf seiten des gutgläubigen Erwerbers ist, daß das bisherige Eigentum des wahren Eigentümers erlischt. Im Art. 306 a. HGB. war dies noch ausdrücklich ausgesprochen. Wenn der Erwerber die Sache weiterveräußert, so lebt dadurch das frühere Eigentum nicht wieder auf. Ebensowenig kann sich der frühere Eigentümer einredeweise darauf berufen, wenn er etwa selbst wieder in den Besitz der Sache käme.[1])

Eine Ausnahme von dieser Regel tritt ein, wenn die vom Gutgläubigen erworbene Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, es sei denn, daß es sich um Geld oder Inhaberpapiere oder um Sachen handelt, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert worden sind. Dasselbe gilt, falls der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist. dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden kommt. Diese im § 935 BGB. niedergelegten Rechtsgrundsätze gelten auch für die Fälle des § 366 HGB., d. h. auch dann, wenn die Veräußerung von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgt ist. Hierin liegt eine wichtige Einschränkung des gutgläubigen Erwerbs vom nichtberechtigten Eigentümer. Trotz seiner Gutgläubigkeit muß der Erwerber dem Eigentümer die Sachen wieder zurückgeben. Er hat diesem gegenüber auch keinen Lösungsanspruch, sondern kann sich wegen Erstattung dessen, was er selbst gegeben hat, nur an seinen Veräußerer halten. Nach deutschrechtlichem Prinzip — es sei hier auf die betreffenden Ausführungen in dem geschichtlichen Teil erinnert — mußte der gutgläubige Dritte in solchen Fällen, in denen auch den Eigentümer keine Schuld traf, hinter den Interessen des Eigentümers zurückstehen. „Nur wenn durch den Willen des Eigentümers selbst ein anderer in die Lage versetzt ist, Dritten gegenüber tatsächlich über die Sache zu verfügen, ist es an sich gerechtfertigt, den Eigentümer im Verhältnis zu dem gutgläubigen Erwerber die Gefahr einer solchen Verfügung tragen zu lassen. Aus Gründen der Verkehrssicherheit geht allerdings

[1]) Brand S. 871; Staub Anm. 31 zu § 366.

das Gesetz, soweit es sich um Geld, Inhaberpapiere oder um Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden, über diese Schranke hinweg, indem es den redlichen Erwerber auch dann schützt, wenn jene Gegenstände dem Eigentümer ohne sein Zutun abhanden gekommen sind."[1] „Die abhanden gekommene Sache ist gleichsam mit einem Banne belegt und bleibt unter dem Banne auch in der Hand aller späteren Besitzer."[2] Auf die Begriffe „gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen" ist hier nicht näher einzugehen.[3] Befindet sich die Sache in den Händen einer Person, die als unmittelbarer Besitzer gemäß § 868 BGB. zu betrachten ist, so ist auch der andere Besitzer, nämlich mittelbarer Besitzer. Hier ist zu unterscheiden: Gibt der unmittelbare Besitzer den Besitz freiwillig auf, veräußert er die Sache redlich oder unredlich, so gilt sie nicht als dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommen, er hat ja den Besitz freiwillig aufgegeben, und nach dem Grundsatz „Hand wahre Hand" greifen hier die Regeln der §§ 932 bis 934 BGB. Platz, nicht die Ausnahme des § 935 BGB.[4] So bildet die Unterschlagung der dem mittelbaren Besitzer von dem Eigentümer anvertrauten Sachen den Hauptfall des gutgläubigen Erwerbs vom Nichteigentümer. Sonderbarerweise läßt das Gesetz im Falle, daß die Sache dem unmittelbaren Besitzer ohne dessen Willen abhanden gekommen ist, die gleichen Grundsätze zur Anwendung gelangen, als wenn die Sache dem mittelbaren Besitzer selbst abhanden gekommen wäre. Beim Besitzdiener des § 855 BGB. ist die Sache auch dann für den Besitzherrn als abhanden gekommen anzusehen, wenn ersterer freiwillig – etwa durch Veruntreuung — die tatsächliche Innehabung der Sache verliert. Wie steht es aber in den Fällen, in denen der Besitzverlust auf Entschließung des Eigentümers beruht, die Entschließung aber mit rechtlichen Mängeln behaftet ist? Hier

---

[1]) s. Denkschr. z. Entw. eines BGB.

[2]) Cosack Bd. 2 § 198.

[3]) Staub § 366 Anm. 42; Planck § 935 Ziff. 2; Biermann § 935 Ziff. 2; Fuld Bd. 69 S. 405.

[4]) Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 25; Staub § 366 Anm. 46.

ist zu unterscheiden, ob die Entschließung nichtig oder anfechtbar ist. Im ersten Fall ist die Besitzaufgabe des Veräußerers als eine solche ohne Willen anzusehen. Denn diese Besitzaufgabe ist nichtig (z. B. §§ 104, 105 BGB.). In allen diesen Fällen fehlt die Willensfähigkeit überhaupt.[1]) Anders ist aber zu entscheiden, wenn die Entschließung des Eigentümers nur anfechtbar ist; hier liegt zunächst ein gültiger Rechtsakt vor, und eine Nichtigkeit kann nur durch eine Anfechtungserklärung herbeigeführt werden. Die bloße Anfechtbarkeit drückt daher der Sache nicht den Makel einer abhanden gekommenen auf und entzieht sie nicht dem Rechtsverkehr. Daher ist bei der nur anfechtbaren Besitzaufgabe ein freiwilliges Fortgeben vorhanden und deshalb auch kein „Abhandenkommen" anzunehmen.

Die im § 935 BGB. zugunsten des Eigentümers getroffene Einschränkung des gutgläubigen Erwerbs bezieht sich nur auf Geld oder Inhaberpapiere, sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden. Hier greift eine weitere Besonderheit hinsichtlich des guten Glaubens Platz. Der Begriff des guten Glaubens geht hier weiter als im Regelfall des gutgläubigen Erwerbs: der Erwerber muß gutgläubig annehmen, daß es sich nicht nur um eine abhanden gekommene Sache, sondern um eine redlicherweise in den Verkehr gelangte handelt. Der gute Glaube muß sich also außerdem auf die Eigenschaft als „abhanden gekommen" erstrecken. Dieses hinzutretende Erfordernis, dieses Mehr an Gutgläubigkeit, wird zwar im § 935 BGB. nicht ausdrücklich verlangt, aber die frühere Rechtsprechung hat dies Erfordernis aufgestellt, und nach der Fassung des § 367 HGB. geht das Gesetz auch jetzt davon aus.[2]) Bei der Mobiliarversteigerung muß der gute Glaube des Erwerbers in dem Zeitpunkt der Übergabe vorhanden sein, da durch den Zuschlag nur der Kaufvertrag und die Einigung über den Eigen-

---

[1]) Dernburg Bd. 3 § 103; Staudinger Bd. 3 § 935; Staub § 366 HGB. Anm. 47.

[2]) RG. Bd. 37 S. 71; ROHG. Bd. 10 S. 304; Düringer-Hachenburg, HGB. Bd. 2 §§ 366 u. 367; Staub, HGB. § 366 Anm. 22 u. 50.

tumsübergang zustande kommt.[1]) § 935 Abs. 2 BGB. stellt also die Ausnahme von der Ausnahme und damit zugleich die Regel dar, daß der gutgläubige Erwerber auch dann Eigentum erwirbt, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war. Durch den gutgläubigen Erwerb verliert hier die Sache ihren Makel als eine „abhanden gekommene".

Diese „Ausnahme von der Ausnahme", die auch für das Handelsgesetzbuch gilt, ist im § 367 HGB. dahin eingeschränkt worden, daß nach ihm der gute Glaube eines Kaufmannes, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, für den Fall, daß er ein abhanden gekommenes Inhaberpapier erwirbt, ausgeschlossen gilt, wenn zur Zeit des Erwerbs der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem Verpflichteten im Reichsanzeiger bekanntgemacht, und seit dem Ablauf des Jahres, in welchem die Bekanntmachung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen ist. Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermin fällig werden, sowie Banknoten und andere auf Sicht zahlbare unverzinsliche Inhaberpapiere fallen nach § 367 Abs. 3 HGB. nicht unter diese Regel, da eine Berücksichtigung der Bekanntmachung des Verlustes solcher Papiere bei dem starken Umlauf derselben nicht zugemutet werden kann. Das Handelsrecht gibt in § 367 HGB. eine Vermutung des schlechten Glaubens des Erwerbers. Die Regel des Zivilrechts und des § 366 HGB. ist dagegen die Vermutung des guten Glaubens. Daher trifft in diesem Falle die Beweislast nach § 932 Abs. 2 BGB. den Kläger, während hier im § 367 HGB. die Beweislast dem Beklagten auferlegt ist. Nach Staub ist § 367 HGB. nichts weiter als ein gesetzliches Beispiel von Schlechtgläubigkeit, während er unseres Erachtens noch darüber hinaus eine Vermutung für den schlechten Glauben des Erwerbers enthält. Dies ergibt sich aus der Regelung der Beweislast. Wenn auch der Gegenbeweis zugelassen ist, so kann der Bankier die Unter-

[1]) Düringer-Hachenburg, HGB. Bd. 2 §§ 366, 367; Mot. Bd. 2 S. 349.

lassung der Verpflichtung, die ihm in Abs. 1 des § 367 HGB. auferlegt ist, nur auf Grund „besonderer Umstände“ gemäß Abs. 2 motivieren, er muß also seine Behauptung genau substantiieren. Wenn der Verlust des Papiers nicht in der vorgeschriebenen Weise publiziert ist, so ist damit noch keine Vermutung für den guten Glauben des Bankiers oder Geldwechslers aufgestellt. Besondere Umstände — persönliche Mitteilung der Polizei, Bekanntmachung im „Deutschen Fahndungsblatt“ usw. — können sehr häufig den schlechten Glauben des Erwerbers vermuten lassen, doch hat in allen diesen Fällen der Kläger die mala fides des Erwerbers zu beweisen. Ob der Bankier als Selbsterwerber, Kommissionär oder bloßer Vertreter auftritt, ist für die Vermutung der mala fides im Falle des § 367 HGB. unseres Erachtens nicht von Bedeutung. Nach der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch ist die Vorschrift dieses Paragraphen „mit Rücksicht auf die dem Bankier aus seinem Beruf erwachsende Verpflichtung gegeben, von den den Diebstahl von Wertpapieren betreffenden üblichen polizeilichen Bekanntmachungen nach Möglichkeit Kenntnis zu nehmen“.[1]) Der Sinn des Gesetzes ist also der, daß in jedem Falle, in dem ein Bankier sich gewerbsmäßig mit dem Umsatz von Inhaberpapieren beschäftigt, von diesem eine erhöhte Vorsicht beim Ankauf verlangt werden soll. Nur dann schadet die Vermutung des schlechten Glaubens oder gar dieser selbst dem Bankier nichts, wenn sein Vormann bereits Eigentum erworben hat. Denn durch den gutgläubigen Erwerb dieses ist das Eigentum des bestohlenen Eigentümers endgültig untergegangen.[2])

Die Sonderregel des § 367 HGB. schließt also nach dem Vorstehenden, wenn sämtliche Merkmale dieses Paragraphen gegeben sind, den gutgläubigen Eigentums- wie Pfanderwerb des Bankiers oder Geldwechslers aus.

---

[1]) Denkschr. z. HGB. Anm. 8.

[2]) RG. Bd. 37 S. 77; JurW. 1896 S. 399; Staub Anm. 31 zu § 366.

Der im Falle des gutgläubigen Erwerbs bei der Übereignung nachgewiesene erweiterte Schutz des guten Glaubens tritt auch bei der Verpfändung von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren an den gutgläubigen Pfandnehmer ein.

Eine wichtige Abweichung vom Eigentumserwerb liegt in der akzessorischen Natur des Pfandrechts. Dieses wird nicht wie das Eigentum um seiner selbst willen, sondern zur Sicherung der Erfüllung einer Forderung begründet, es erhält der Pfandgläubiger die Berechtigung, Befriedigung aus der Sache zu suchen. Das Bestehen einer rechtsgültigen Forderung ist demnach unbedingte Voraussetzung für die Begründung eines Pfandrechts.

Zur Bestellung des Pfandrechts ist analog dem Eigentumserwerb erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Die anderen Möglichkeiten der Verpfändung entsprechen ebenfalls den Surrogaten des Eigentumserwerbs, nur hat hier § 1206 BGB. kein Analogon; ebensowenig kann die Verpfändung entsprechend § 930 BGB. durch constitutum possessorium[1]) geschehen. „Es widerspräche letzteres dem das Pfandrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs beherrschenden Prinzip der Publizität, welches bei Mobilien die Herstellung eines äußeren, das Bestehen des Pfandrechts erkennbar machenden Zustandes verlangt.“[2]) Aus diesem Prinzip heraus ist auch § 933 BGB. nicht für anwendbar erklärt worden.

Der gute Glaube des Pfandnehmers wird hier geschützt, wenn er zur Zeit des Pfanderwerbs — also entsprechend dem Eigentumserwerb — vorhanden ist. Er muß also, um sich auf § 366 HGB. berufen zu können, ohne grobe Fahrlässigkeit nicht gewußt haben, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war oder über die Sache für den Eigentümer nicht verfügen durfte. Es gilt das bei der Veräußerung hierüber Gesagte auch beim Pfanderwerb.

Wann der gute Glaube des Pfandnehmers bei der Ver-

---

[1]) RG. Bd. 37 S. 34, Bd. 27 S. 27.

[2]) Prot. Bd. 2 S. 443.

pfändung im Falle des § 1205 Abs. 1 Satz 1 u. 2 BGB. vorhanden sein muß, ist bereits bei der Veräußerung gesagt worden und gilt analog auch hier. Hinsichtlich der übrigen Fälle des Pfandrechtserwerbs gelten aber einige Besonderheiten. Wenn die Sache sich in dem Besitze eines Dritten befindet, so ist eine Pfandrechtsbestellung nicht immer möglich, sondern nur dann, wenn der Pfandbesteller sich im mittelbaren Besitz der Sache befindet. Dies erfordert das praktische Bedürfnis.[1]) In diesem Falle kann die körperliche Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der mittelbare Besitzer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt, d. h. ihm den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt und — dies Erfordernis tritt hier hinzu — die Verpfändung dem unmittelbaren Besitzer anzeigt. Es muß daher der gute Glaube des Erwerbers in diesem Momente vorhanden sein. Das Recht des unmittelbaren Besitzers bleibt aber bestehen, auch wenn der Pfandgläubiger gutgläubig angenommen hat, ein solches Recht des unmittelbaren Besitzers sei nicht vorhanden.[2]) Der häufigste Fall ist wohl der der nochmaligen Verpfändung einer bereits verpfändeten Sache. Eine solche im unmittelbaren Besitz des Pfandnehmers und im mittelbaren Besitz des Verpfänders befindliche bewegliche Sache kann in der Weise weiterverpfändet werden, daß der Verpfänder bei der Nachverpfändung an den Nachpfandnehmer seinen mittelbaren Besitz durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs gegen den ersten Pfandnehmer als Ersatzübergabe auf den Nachpfandnehmer überträgt und den ersten Pfandnehmer hiervon in Kenntnis setzt.[3]) In diesem Zeitpunkt muß — (analog § 934 BGB.) — sich hier der Nachpfandnehmer in gutem Glauben befinden.

Bleibt die verpfändete Sache im Besitz des Verpfänders, so ist eine gültige Verpfändung auf diese Weise, selbst wenn der Verpfänder Eigentümer ist, nicht möglich. Für die Pfandbestellung ist das constitutum possessorium nicht zugelassen. Dies wurde bereits oben erwähnt. Es muß also bei dem redlichen

---

[1]) Prot. z. BGB. Bd. 3 S. 442.
[2]) Staub Anm. 9 zu § 368 HGB.
[3]) Staub Anm. 54 zu § 366.

Erwerb des Pfandrechts im Unterschied zum Eigentumserwerb immer die Übergabe erfolgt sein. Zugelassen ist eine Verpfändung statt durch Übergabe der Pfandsache ausnahmsweise durch Einräumung des Mitbesitzes (§ 1206 BGB.), wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet (unmittelbarer Mitbesitz). Wenn sich die Sache im Besitz eines Dritten (mittelbarer Mitbesitz) befindet, so nimmt Staub mit Recht u. E. eine wirkliche Übergabe an, mit dem Unterschied, daß hier die Herausgabe nur an den Eigentümer und Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann. Da beim Pfandrechtserwerb die Einräumung des Mitbesitzes der Besitzübertragung gleichgestellt ist, so ist § 932 BGB. analog anzuwenden, d. h. es ist auch hier der Einräumung des Mitbesitzes ein Schutz des guten Glaubens zu gewähren.[1]) Maßgebend ist u. E. für den guten Glauben der Moment der Begründung des Mitbesitzes, doch ist dies in der Literatur bestritten.

Ist der Verpfänder nicht mittelbarer Besitzer, so ist eine Verpfändung der Sache nicht möglich. Er kann nur durch Anzeige an den Besitzer den Anspruch gegen den Besitzer verpfänden (nach §§ 1274, 1280 BGB.). Leistet aber der Schuldner an den Pfandgläubiger, so erwirbt dieser erst im Moment der Übergabe ein Pfandrecht an dem Gegenstand (§ 1287 BGB.). Daher muß in diesem Falle nicht schon im Zeitpunkt der Anzeige, sondern erst im Augenblick der Übergabe der Sache durch den Besitzer an den Pfandgläubiger der gute Glaube dieses vorhanden sein.

Beim Pfandrechtserwerb an einer im Besitze eines Dritten befindlichen Sache mittels Dispositionspapieres ersetzt die Übertragung der Urkunde die Besitzübergabe. In diesem Augenblick muß zur Entstehung des Pfandrechts der gute Glaube vorhanden sein.

Liegen die Voraussetzungen des gutgläubigen Pfanderwerbs vor, so besteht die Rechtswirkung darin, daß der Pfandnehmer das Pfandrecht übernimmt, auch wenn der Verpfänder nicht Eigentümer war. Doch geht hier das wahre Pfandrecht nicht

---

[1]) Staudinger zu § 1207; Staub Anm. 10 § 368.

etwa unter (§ 1207 BGB.), wie dies beim gutgläubigen Eigentumserwerb der Fall war. Der besondere und erweiterte Schutz des gutgläubigen Erwerbers, den wir bei der Veräußerung im Falle des guten Glaubens an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers für den Eigentümer nachgewiesen haben, greift auch hier bei der Verpfändung Platz. — Auch hier kann sich aber der Pfandnehmer auf seinen guten Glauben nicht berufen, wenn die verpfändete Sache gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen ist (Ausnahme: die landesgesetzliche Regelung kann den öffentlichen Pfandleihanstalten das Recht gewähren, die ihnen verpfändeten Sachen dem Berechtigten nur gegen Bezahlung des auf die Sache gewährten Darlehns herauszugeben), es sei denn, daß Geld oder Inhaberpapiere in Frage stehen. Das oben hierüber Gesagte findet auch hier analoge Anwendung.

Die bisher entwickelten Grundsätze finden zunächst nur Anwendung, wenn es sich um ein durch Vertrag erworbenes Pfandrecht handelt. Durch Abs. 3 des § 366 HGB. stellt das Handelsgesetzbuch fünf gesetzliche Pfandrechte auf mit der Ausnahmebestimmung, daß auch hier der Mangel im Recht durch den guten Glauben des Erwerbers ausgeglichen werden soll. Und zwar auch hier durch den guten Glauben im weiten Sinne des Abs. 1. Die so begünstigten Pfandrechte sind die des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters, Frachtführers und des Verfrachters im Seetransportgeschäft (§§ 397, 410, 421, 440, 623 Abs. 3 HGB.). Durch diese Regelung sind diese Pfandrechte hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens den nach Abs. 1 unseres Paragraphen vertragsmäßig bestellten Pfandrechten, also den Pfandrechten, die ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes bestellt hat, gleichgestellt. Im Gesetze ist dies ausdrücklich betont, da in Abs. 3 wörtlich steht: „. . . hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem gemäß Abs. 1 durch Vertrag erworbenen Pfandrecht gleich“. Es finden also die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, im Handelsgesetzbuch auch bei dem gesetzlichen Pfandrecht Anwendung,

während das Bürgerliche Gesetzbuch von den Vorschriften über das gesetzliche Pfandrecht nur im § 1257 BGB. spricht.

Während die herrschende Meinung den Schutz des guten Glaubens nur bei den im Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen Fällen gewähren will, d. h. nur in den im Abs. 3 des § 366 HGB. aufgezählten, bei allen andern gesetzlichen Pfandrechten dagegen die Möglichkeit eines gutgläubigen Pfandrechtserwerbs verneint,[1]) vertritt Düringer-Hachenburg die Ansicht, daß die Regeln über den Schutz des guten Glaubens auch auf gesetzliche Pfandrechte entsprechende Anwendung finden, soweit zu deren Entstehung Besitzübergabe notwendig ist. Nach Düringer-Hachenburg ist nicht einzusehen, warum der Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß der Besitz und seine Überlassung bei Mobilien den Schutz des guten Glaubens des Erwerbers rechtfertigt, für die gesetzlichen Pfandrechte nicht gelten sollen. Die besondere Hervorhebung der im § 366 Abs. 3 HGB. genannten Pfandrechte will nach ihm nur besagen, daß auch die besonderen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über den Schutz des guten Glaubens bei den gesetzlichen Pfandrechten des Handelsrechts zur Anwendung kommen. Staub ging in der 6. u. 7. Auflage (§ 366 Anm. 58, § 368 Anm. 75) noch weiter, indem er die Auffassung vertrat, daß in § 366 Abs. 3 nur die Regel bestätigt sei, wonach jeder gesetzliche Pfandgläubiger, der in einen Besitz, wie er zur Bestellung des vertragsmäßigen Pfandrechts gehört, gelangt sei, denselben Schutz gutgläubigen Erwerbs genieße, wie er beim vertragsmäßig bestellten Pfandrecht bestehe. In dem neuen Kommentar von Staub ist jetzt die frühere Ansicht aufgegeben und die Auffassung vertreten, daß andere gesetzliche Pfandrechte als die in Abs. 3 des § 366 HGB. und des § 623 Abs. 3 HGB. nicht durch guten Glauben erworben werden können, weil der § 1257 BGB., nach dem die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Ge-

[1]) Ritter § 366 Ziff. 31; Biermann § 1257; Staudinger § 1257; Staub § 366 Anm. 60.

setzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung finden, seiner ganzen Fassung nach zu der Behauptung berechtige, daß nur die für den Inhalt der vertragsmäßigen Pfandrechte gegebenen Bestimmungen eine analoge Anwendung auf die gesetzlichen Pfandrechte unter Berücksichtigung der Eigenart eines jeden einzelnen von ihnen rechtfertige, während eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Begründung — also über die Entstehung des Vertrags — auf die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts abzulehnen sei. Die Motive und die Denkschrift[1]) betonen ausdrücklich diesen Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, den § 366 Abs. 3 HGB. fortbestehen lassen wolle. Die Rechtsprechung hat sich diesem Standpunkt angeschlossen.[2])

Diese verschiedenen eben angeführten Ansichten beweisen, wie bestritten die Frage ist, ob der Schutz des guten Glaubens ganz allgemein auf die gesetzlichen Pfandrechte Anwendung findet oder nur auf die im Abs. 3 des § 366 HGB. angeführten. Unsere Ansicht ist die, daß wenn man sich nur auf den Boden des Gesetzes stellt, der § 1257 BGB. die Anwendung des Schutzes des guten Glaubens auf das gesetzliche Pfandrecht ausschließen will. Denn aus den entsprechenden Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs geht hervor, daß der Schutz des guten Glaubens beim gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters, des Gastwirts, des Unternehmers (§§ 559, 585, 704, 647 BGB.) ausgeschlossen ist, wenn die Sache einem Dritten gehört. Das vertragsmäßige Pfandrecht verlangt Einigung und Übergabe, während das gesetzliche diese beiden Voraussetzungen kraft Gesetzes ersetzt, indem es hier das Pfandrecht ohne Verpfändungsvertrag entstehen läßt. Daher können die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf das gesetzliche Pfandrecht keine Anwendung finden, denn es fehlt hier an der Einigung und Übergabe. Daher ist zunächst bei allen gesetzlichen Pfandrechten, bei denen diese

[1]) Mot. Bd. 3 S. 797; Denkschr. S. 208.
[2]) OLGRechtspr. Bd. 1 S. 28 (Colmar), Bd. 4 S 329 (Dresden).

Grundlage des redlichen Erwerbes an Fahrnis fehlt, der Schutz des guten Glaubens auszuschließen. Dies gilt zunächst vom gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts, da in allen diesen Fällen die Besitzübergabe seitens des Schuldners an den Gläubiger fehlt. In diesen Fällen, die also ein gesetzliches Pfandrecht an einen Tatbestand knüpfen, der eine Besitzübergabe nicht verlangt, ist auch Düringer-Hachenburg unserer Ansicht, daß hier der Schutz des guten Glaubens keine Anwendung finden kann. Er aber versagt diesen Schutz nur für diese Fälle, während er überall da, wo eine Besitzübergabe vorliegt, den guten Glauben des Pfandgläubigers geschützt wissen will. Dem Werkunternehmer ist somit nach ihm, da hier auf Grund des Gesetzes die Voraussetzung der Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts gegeben ist, der Schutz des guten Glaubens zu gewähren. Nach unserer Ansicht ist dieser aber auch hier zu versagen, da die Einigung, daß dem Gläubiger ein Pfandrecht zustehen soll, nicht vorhanden ist. Daher können in diesem Falle die Vorschriften der §§ 932 ff. BGB. keine Anwendung finden, wenn man den Voraussetzungen, die den Schutz bedingen, gerecht bleiben will. Auf Grund des Gesetzes ist daher ein Schutz des guten Glaubens bei den gesetzlichen Pfandrechten überhaupt zu versagen, da die Voraussetzungen, die nach dem Gesetz einen solchen berechtigen würden, hier fehlen. Es ist also im § 366 Abs. 3 HGB. eine Ausnahme zugunsten des Handelsrechts zu erblicken, die den Schutz des guten Glaubens nur für die angeführten fünf gesetzlichen Pfandrechte zuläßt und zugleich bestimmt, daß in diesem Falle die Kaufmannseigenschaft des Schuldners beseitigt wird. Letzteres wird durch die einfache Gleichstellung dieser gesetzlichen Pfandrechte mit den nach Abs. 1 des § 366 HGB. von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes bestellten Pfandrechten hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens bewirkt. Würde man dagegen die handelsrechtliche Ausdehnung des gutgläubigen Erwerbs allein daraus herleiten, daß nach § 1257 BGB. die für das vertragsmäßige Pfandrecht geltenden Vorschriften auch für das gesetzliche entsprechend anzuwenden seien, so könnte eine entsprechende Anwendung des § 366 HGB. nur stattfinden, wenn

die speziellen Voraussetzungen für seine Anwendung gegeben wären, wenn also der Schuldner ein Kaufmann wäre. — Aus allen diesen Gründen ist unseres Erachtens daher anzunehmen, daß § 366 Abs. 3 HGB. vom Gesetzgeber mit Rücksicht auf die durch die Verkehrssicherheit bedingte Notwendigkeit eines Schutzes des guten Glaubens bei diesen fünf hier angeführten gesetzlichen Pfandrechten eine Ausnahme von der Regel, daß der gutgläubige Erwerb anderer gesetzlichen Pfandrechte ausgeschlossen ist, geschaffen hat, die er in positiver Gestalt in das Gesetz aufgenommen hat. — Wenn auch diese Schlußfolgerung hart erscheint, so ist sie doch die einzige, die uns die positiven Bestimmungen des Gesetzes zu ziehen berechtigt. Das von Düringer-Hachenburg und anderen gefundene Ergebnis, daß der Schutz beim gutgläubigen Erwerb der gesetzlichen Pfandrechte nur dann eintreten soll, wenn der Pfandgläubiger den Besitz an der fraglichen Sache erhält, ist nach unserer Ansicht einseitig und befriedigt deshalb nur wenig, da es alle anderen Fälle, bei denen diese Voraussetzung fehlt, ausscheidet, obwohl die Versagung des Schutzes des guten Glaubens hier sehr oft, so z. B. beim gutgläubigen Vermieter oder Verpächter, zu großen Härten führen kann. — Hier sei noch kurz bemerkt, daß diese Versagung des Schutzes des guten Glaubens bei allen anderen gesetzlichen Pfandrechten uns sehr hart erscheint, wie dies bereits oben betont wurde. So ist z. B. schwer einzusehen, weshalb ein gutgläubiger Kommissionär, Spediteur usw. gemäß Abs. 3 des § 366 HGB. selbst dann ein Pfandrecht erwerben soll, wenn er glaubt, sein Vormann sei Eigentümer, oder diesen, wenn er weiß, daß er nicht Eigentümer ist, zur Verfügung berechtigt hält, während man auf der anderen Seite dem in gleicher Lage befindlichen Unternehmer usw. den Schutz des guten Glaubens gänzlich versagt. Im Interesse unserer modernen Verkehrsentwicklung ist dies sicherlich zu beklagen, und nach unserer Auffassung müßte de lege ferenda bei allen gesetzlichen Pfandrechten mit Ausnahme der im Abs. 3 des § 366 HGB. angeführten von Fall zu Fall dem Ermessen des Richters anheimgestellt werden, ob er nach der ganzen Lage des Falles einen Schutz des gutgläubigen Erwerbers für berechtigt hält oder nicht.

Wann muß nun der gute Glaube des Pfanderwerbers beim Erwerb gesetzlicher Pfandrechte im Falle des § 366 Abs. 3 HGB. vorhanden sein? Hier ist der gute Glaube in dem Zeitpunkte erforderlich, in dem der Pfanderwerber den Besitz des Kommissionsgutes, das er als Gegenstand des kommittierten Geschäfts anzusehen hat, erlangt. Kann der Kommissionär mittels eines Dispositionspapiers über die Sache verfügen, so muß er im Moment der Aushändigung dieses in gutem Glauben sein.

Auf die im Abs. 3 des § 366 HGB. angeführten gesetzlichen Pfandrechte des Kommissionärs usw. finden alle Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über gutgläubigen Pfanderwerb von Sachen Anwendung, also die §§ 1207 u. 1208 BGB., verstärkt durch den Schutz des Handelsgesetzbuchs und gemildert durch die Vorschrift des § 367 HGB. An abhanden gekommenen Sachen wird hiernach das gesetzliche Pfandrecht nicht erworben, mit Ausnahme derjenigen, bei denen es sich um Geld oder Inhaberpapiere handelt. Auf die Sonderregel des § 367 HGB. ist hier nicht mehr zurückzukommen. Aus der Gleichstellung des Abs. 3 mit dem Abs. 1 des § 366 HGB. geht hervor, daß auch hier der erweiterte Schutz des guten Glaubens Platz greift, soweit sich das gesetzliche Pfandrecht auf bewegliche Sachen und Inhaberpapiere erstreckt.[1]) Bei verpfändeten Dispositionspapieren gelten dieselben Regeln vom Schutz des gutgläubigen Handerwerbs, die auf bewegliche Sachen Anwendung finden, sie folgen also nicht den viel weiter gehenden Regeln über den gutgläubigen Erwerb von Orderpapieren durch Indossament.[2])

Das Ergebnis ist zum Schlusse kurz folgendes: im Abs. 3 des § 366 HGB. wird der gute Glaube bei den gesetzlichen Pfandrechten des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lagerhalters, des Frachtführers und des Verfrachters im Seetransportgeschäft ausnahmsweise geschützt. Erwirbt also eine dieser Personen ein gesetzliches Pfandrecht gegen irgendwelchen Kaufmann oder

---

[1]) Nicht auf Forderungen und Namenspapiere (RG. Bd. 17 S. 57).

[2]) vgl. Staub § 368 Anm. 91.

Nichtkaufmann, so hat der gutgläubige Erwerb die gleichen Folgen, wie wenn jemand gemäß Abs. 1 des § 366 HGB. ein Pfandrecht durch Vertrag erwirbt. Dem guten Glauben an das Recht des Gegenkontrahenten steht daher für alle diese Personen der gute Glaube an die Berechtigung des Kommittenten, des Versenders, des Einlagerers und des Absenders, vorbehaltlos für den Eigentümer zu verpfänden, gleich, d. h. das Eigentumsrecht des bisherigen Eigentümers wird in allen diesen Fällen mit einem Pfandrecht belastet. Zu bemerken ist, daß das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs an allen Forderungen auslaufender Rechnung ohne Rücksicht auf Konnexität durch § 8 Abs. 2 BankdepotG. eine Ausnahme erleidet.[1])

Die bisherigen Ausführungen gingen davon aus, daß dem Veräußerer oder dem Verpfänder eine Berechtigung hinsichtlich der Sache, die für den Eigentums- oder Pfanderwerb in Frage kam, völlig fehlte. Es kann aber dieses Recht auch nur teilweise fehlen. Ein solcher Mangel im Rechte des Veräußerers ist dann vorhanden, wenn die veräußerte oder verpfändete Sache mit Rechten Dritter belastet ist. Auch bei diesem partiellen Mangel im Rechte des Veräußerers gibt es einen Schutz des guten Glaubens. Im Handelsgesetzbuch ist dieser Schutz im Abs. 2 des § 366 ausdrücklich anerkannt worden. Nach § 936 BGB. erlischt das Recht eines Dritten, z. B. ein Pfandrecht, mit dem die veräußerte Sache belastet ist, mit dem Erwerb des Eigentums, wenn der Erwerber zur Zeit des Erwerbs in Ansehung des Rechts in gutem Glauben war, wenn er also ohne grobe Fahrlässigkeit nicht wußte, daß das Recht an der Sache bestand. Die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch[2]) sprechen hier von einem partiellen Mangel im Rechte des Veräußerers. Hier ist der Veräußerer insofern ein Nichtberechtigter, als ihm

[1]) s. Näheres darüber Staub § 397 Anm. 2, § 366 Anm. 86.
[2]) Mot. z. BGB. Bd. 3 S. 343.

ein Recht, die Sache unbelastet zu übertragen, nicht zusteht. Für den guten Glauben des Erwerbers ist hier vorausgesetzt, daß dieser in Ansehung des Rechtes des Dritten im kritischen Augenblick vorhanden ist. Wann dieser Zeitpunkt vorliegt, ist bereits oben auseinandergesetzt worden. Fehlt diese Voraussetzung, so geht die an der Sache haftende Last mit über. Es ist also hier ein Zusammentreffen des guten Glaubens in doppelter Richtung denkbar. Der Erwerber nimmt an, daß der Veräußerer Eigentümer ist. Zugleich ist er in Unkenntnis hinsichtlich des Rechts des Dritten. Dann kann zwar ein Erwerb des Eigentums oder Pfandrechts stattfinden, weil hier sein guter Glaube geschützt wird, während das Erlöschen des Rechts des Dritten nicht anzunehmen ist, da sein guter Glaube sich auf das Nichtvorhandensein der Last des Dritten beziehen mußte. Ein guter Glaube hinsichtlich des Rechts des Dritten allein ohne den guten Glauben bezüglich der Veräußerungsbefugnis ist dagegen ohne Bedeutung. Besonderes gilt im Falle des Abs. 2 des § 366 HGB., wenn das Eigentum nicht durch Übergabe, sondern in anderer Weise erworben ist.

Die Übertragung des Eigentums vernichtet das Recht des Dritten, das dem Erwerber unbekannt war, sofern seine Unkenntnis nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Soweit für die wirkliche Besitzübergabe nur ihre Surrogate vorliegen, gelten auch hier die gleichen Einschränkungen wie beim Erwerb vom Nichteigentümer. Diese verschärften Voraussetzungen sind aber hier auch dann erforderlich, wenn es sich um einen Erwerb vom Eigentümer handelt. Im Falle der brevi manu traditio muß der Erwerber den Besitz vom Veräußerer selbst erlangt haben. Wenn die Sache also im Besitz des Veräußerers bleibt, so erlischt das Recht des Dritten nicht. Wenn die Sache in den Händen eines Dritten ist, so ist zu unterscheiden: der Veräußerer ist mittelbarer Besitzer. Hier gehen die Rechte Dritter unter im Moment der Abtretung des Anspruchs des Veräußerers. Nach § 936 Abs. 3 BGB. sind die Rechte, die dem Besitzer selbst an der Sache zustehen, ausgenommen. Denn hier soll in jedem Fall das Interesse des Besitzenden überwiegen und dessen Recht bestehen bleiben. Der Veräußerer ist nicht mittelbarer Besitzer.

Hier erlöschen die Rechte Dritter an der Sache erst in dem Moment, in dem der Erwerber den Besitz erlangt.

Die Bestellung des Pfandrechts vernichtet ein früher begründetes Pfandrecht nicht. Es geht nur diesem vor (§ 1208 BGB.). Das früher darüber Gesagte gilt auch hier, doch sind noch einige Besonderheiten zu verzeichnen. Im Falle des § 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB. ist der gute Glaube nur geschützt, wenn der Erwerber den Besitz vom Verpfänder erlangt hat (analog der Vorschrift beim Eigentümer). Im Fall der Übertragung des mittelbaren Besitzes der Pfandsache tritt das Recht des Dritten nicht zurück, wenn dieser der unmittelbare Besitzer ist. Auch hier wird das Pfandrecht des Pfandbesitzers nicht beeinträchtigt, wenn der Eigentümer die Sache unter Verschweigung, daß ein Dritter ein Pfandrecht hat, weiterverpfändet. Der Schutz des guten Glaubens ist also auch hier versagt (§§ 1207, 936 Abs. 3 BGB.).

Während also beim gutgläubigen Eigentumserwerb unter den oben erwähnten Voraussetzungen die Rechte Dritter, mit denen die veräußerte Sache belastet ist, erlöschen, geht bei Gutgläubigkeit des Pfandnehmers sein Pfandrecht dem Rechte des Dritten vor. Der gute Glaube findet also auch gegenüber dem partiellen Rechtsmangel Schutz. Dieses muß auch so sein, da nach den Motiven[1]) dieser Rechtsmangel „für den Erwerber in gleicher Art unersichtlich“ ist. Die Wirkungen des guten Glaubens sind aber hier geringere als beim Erwerb des Eigentums. Nach § 366 Abs. 2 HGB. tritt der Schutz des guten Glaubens ein, wenn die Veräußerung oder Verpfändung der mit dem Rechte eines Dritten beschwerten beweglichen Sache von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes erfolgt ist. Hier geht aber der Schutz des guten Glaubens noch weiter: Wer nämlich von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine mit dem Recht eines Dritten beschwerte Sache als Eigentümer oder Pfandgläubiger übertragen erhält, ist gegen die Wirkungen des Rechts des Dritten nicht nur geschützt, wenn er das Recht des Dritten ohne grobe Fahrlässigkeit nicht

[1]) Mot. Bd. 3 S. 347.

kannte, sondern auch dann, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit annahm, daß der Veräußerer oder Verpfänder befugt sei, ohne Vorbehalt des Rechts des Dritten über die Sache zu verfügen. Dem Vorstehenden ist noch hinzuzufügen, daß zunächst beim gutgläubigen Eigentumserwerb alle Rechte, von denen man sagen kann: sie seien ein Recht des Dritten, mit dem die Sache belastet ist, dem Schicksal des Erlöschens unterliegen.

Als Rechte Dritter, die infolge gutgläubigen Erwerbs erlöschen, kommen nach Bürgerlichem Gesetzbuch Nießbrauch und Pfandrecht in Frage. Dabei ist es unerheblich, ob diese Rechte durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes entstanden sind, oder ob es sich um ein Pfändungspfandrecht handelt.[1]) Das letztere erlischt nur dann, wenn die gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen worden sind und dieser sie an einen gutgläubigen Erwerber veräußert.[2]) Von den gesetzlichen Pfandrechten erlischt z. B. das Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen, wenn der Mieter ohne Wissen des Vermieters die Sachen vom Grundstück entfernt und dann veräußert und übergeben hat. Die Gutgläubigkeit des Erwerbers ist dagegen nach allgemeiner Ansicht abzulehnen, wenn die Veräußerung auf dem Grundstück des Vermieters erfolgt, da hier wohl immer den Erwerber grobe Fahrlässigkeit hinsichtlich des Bestehens des gesetzlichen Pfandrechts trifft. Hier kann zwar der Erwerber Eigentum erwerben, aber nur belastet mit dem Pfandrecht des Vermieters. Unter den § 936 BGB. und damit auch § 366 HGB. fallen auch das Verfolgungsrecht nach § 44 KO., und das kaufmännische Retentionsrecht (§§ 369, 372 HGB.) während das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs seiner persönlichen Natur wegen auch, abgesehen vom guten Glauben des Erwerbers, mit dem Verlust des Besitzers an der Sache erloschen ist.[3]) Das Anfechtungsrecht des Gläubigers nach der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz kommt hier nicht in Betracht, da man von ihm nicht sagen

---

[1]) Staudinger § 936; Biermann § 936; Staub § 366 Anm. 32—34.
[2]) Staub Anm. 39 zu § 366.
[3]) Biermann § 936; Staudinger § 936; Staub § 366 Anm. 40.

kann, daß es sich hier um ein Recht an der Sache handelt.[1]) Vielmehr gelten darüber, inwieweit redliche Erwerber vor Anfechtung geschützt sind, besondere Vorschriften (§ 40 KO., § 11 AnfG.).[2]) Aus dem gleichen Grund ist auch das gesetzliche Recht des Ehemanns auf Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes der Ehefrau keine Belastung im Sinn des § 936 BGB.[3]) Dem Ehemann gebührt zwar Besitzschutz jedem Dritten gegenüber,[4]) allein daraus folgt nichts für den Begriff der Belastung einer Sache mit einem Recht in obigem Sinn. Inwieweit dieses Recht des Ehemanns für den Erwerb des Frauenguts von Einfluß ist, wird an späterer Stelle erörtert werden.

In allen diesen Fällen erlöschen also die Rechte, von denen man sagen kann, daß die Sache mit ihm belastet seien infolge gutgläubigen Erwerbs. Für die Verpfändung gilt analog, daß beim gutgläubigen Pfanderwerb der vom Eigentümer oder vom Nichteigentümer mit einem dieser Rechte eines Dritten verpfändeten Sache das Pfandrecht dessen vorgeht, der sich beim Erwerb seines Pfandrechts in dem guten Glauben befand, daß ein älteres Pfandrecht nicht vorhanden sei. Auf Grund des § 366 Abs. 2 HGB. genügt es für den gutgläubigen Eigentums- oder Pfanderwerb, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, ohne Vorbehalt des Rechtes über die Sache zu verfügen, betrifft. In allen diesen Fällen tritt also der Schutz des guten Glaubens ein. Somit ist dieser Schutz auch hier wesentlich erweitert, und zwar in dem Sinne des bereits oben darüber Gesagten. Dasselbe gilt für den Rechtserwerb an See- und Binnenschiffen, da Schiffe bewegliche Sachen sind. Nur wenn das Recht des Dritten ein im Schiffsregister eingetragenes Pfandrecht ist, behält ein solches Pfandrecht im Falle der Veräußerung oder Belastung des Schiffes mit einem Nießbrauch oder einem neuen Pfandrecht, auch wenn der Erwerber in gutem Glauben ist, seine Gültigkeit (§ 1262

[1]) RG. Bd. 3 S. 169.
[2]) Staudinger § 936 Bem. g; Staub § 366 Anm. 43.
[3]) Staudinger § 936 Bem. h; Staub § 366 Anm. 36.
[4]) Planck § 1373 Anm. 2.

Abs. 1 BGB.). Auch hier spricht die Eintragung des Pfandrechts in ein öffentliches Register in jedem Fall für die Annahme einer groben Fahrlässigkeit auf seiten des gutgläubigen Erwerbers.[1]) Nur die Unrichtigkeit des Registers soll dem gutgläubigen Erwerber nicht zum Schaden gereichen (§ 1262 Abs. 2 BGB.). Diese Bestimmungen finden auch auf das Handelsgesetzbuch Anwendung. Während bisher dem Veräußerer die Berechtigung ganz oder zum Teil fehlte, kann ihm nun auch das Recht an sich zustehen, die Ausübnng des Rechts jedoch beschränkt sein. Wir haben gesehen, daß durch den gutgläubigen Erwerb von Eigentum und Pfandrecht an sich nur das Eigentum und die Rechte erlöschen, mit denen die Sache belastet ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch dehnt nun die Regeln über den gutgläubigen Erwerb entsprechend auf ähnliche Fälle aus. Alle diese Fälle können für den Handelsverkehr wichtig werden, denn sie sind alle Vorschriften zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, und auf alle Vorschriften dieser Art erstreckt sich auch Abs. 1 des § 366 HGB., wie sein Wortlaut deutlich besagt. Daher verlangt die Bedeutung dieser Fälle für den Handelsverkehr eine nähere, wenn auch nur kurze Erörterung. Auf sie alle findet der Schutz des guten Glaubens Anwendung. Zunächst bilden solche dem Rechte des Veräußerers gesetzte Schranken in erster Linie Veräußerungsverbote der verschiedensten Art. Diese sind in den §§ 134—137 BGB. allgemein geregelt. Besonders geregelt sind nur die Veräußerungsverbote gegen den Gemeinschuldner sowie gegen den Erben beim Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers oder eines Nachlaßverwalters. — Neben diesen Veräußerungsverboten kann das Recht des Veräußerers noch durch Verfügungsbeschränkungen sonstiger Art einen Mangel erleiden. Hierher sind die Beschränkungen, die dem Rechte des Veräußerers durch Bedingungen oder Befristung anhaften, Beschränkungen des Vorerben, Beschränkungen durch das Schweben eines Rechtsstreits usw., zu rechnen. Auch bei dieser Gruppe ist mit nur wenigen Ausnahmen der gute Glaube immer geschützt. An sich steht in allen diesen Fällen dem

[1]) Planck § 1262 Bem. 2.

Veräußerer immer ein Recht zu, nur ist er in der Ausübung desselben beschränkt, daher hat der Gesetzgeber die Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, für entsprechend anwendbar erklärt.

Bei den absoluten Veräußerungsverboten wird der gute Glaube nicht geschützt, da das verbotswidrige Rechtsgeschäft nichtig ist und der gute Glaube einen solchen Mangel nicht heilen kann, bei den relativen dagegen ist ein Schutz des guten Glaubens vorgesehen. Den durch ein relatives Verbot geschützten Personen gegenüber kann durch eine Verletzung des Verbots Eigentum nicht erworben werden, wohl aber dem Veräußerer gegenüber. Der gute Glaube vermag daher hier diese relative Unwirksamkeit zu heilen. Hier findet also der Schutz des guten Glaubens Anwendung.

Die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners sind nach § 7 KO. nach Eröffnung des Verfahrens nur den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam erklärt. Hierin ist ein relatives Veräußerungsverbot zu erblicken. Trotzdem bestehen hier für den Verkehr mit beweglichen Sachen nicht die gleichen Schutzvorschriften zugunsten des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbs vom Gemeinschuldner. Daher wird hier der Erwerber in keinem Fall geschützt, mag er die Konkurseröffnung auch ohne grobe Fahrlässigkeit nicht gekannt oder in Kenntnis des Konkurses angenommen haben, daß die Sache zum konkursfreien Vermögen gehöre. Es liegt also hier eine Ausnahme vor, und § 366 HGB. findet in diesem Falle keine Anwendung. Nach Staub wird diese Ausnahme bei den Inhaberpapieren durchbrochen.[1]) Nach ihm erlangt der gutgläubige Erwerber hier Eigentum, und zwar einerlei, ob das Papier vor oder nach der Konkurseröffnung abhanden kam. Die bloße Inhaberschaft des Papiers soll also die Legitimation zur Geltendmachung des Rechts geben. Diese Auffassung Staubs ist nach unserer Ansicht richtig und stimmt auch, wie aus den späteren Untersuchungen über die rechtliche Natur sich zeigen wird, mit dem Wesen der Inhaberpapiere überein. Im Konkurs des Eigen-

[1]) Staub Anm. 81 zu § 366.

tümers des Pfandes hat der redliche Pfandgläubiger das Absonderungsrecht. Gerät umgekehrt der Verpfänder in Konkurs, so hat er in diesem Konkurs kein Absonderungsrecht, da das Pfand nicht zur Masse gehört. Daß der Gläubiger den Pfandbesteller für den Eigentümer gehalten hat, gewährt keinen persönlichen Anspruch und macht daher die Forderung nicht zu einer Konkursforderung.[1]) Ebenso wie beim Gemeinschuldner versagt § 366 HGB. auch bei der Nachlaßverwaltung des § 1984 BGB. Aus der Gleichstellung der Nachlaßverwaltung mit den Wirkungen der Konkurseröffnung (§ 1984 BGB., § 7 KO.) ergibt sich, daß auch hier der Mobiliarerwerb vom Erben selbst in keinem Falle Schutz findet, mag der Erwerber auch ohne grobe Fahrlässigkeit entweder die Zugehörigkeit der Sache zu einem Nachlaß oder nur die Anordnung einer Nachlaßverwaltung nicht gekannt haben.

Ferner dehnt das Bürgerliche Gesetzbuch die Regeln über den gutgläubigen Erwerb auf die Verfügung des Erben über eine der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegende Nachlaßsache aus. In Übereinstimmung mit der allgemeinen Bestimmung des § 135 BGB. ist hier dem gutgläubigen Erwerber wieder Schutz gewährt. Die Beschränkung, die nach § 2211 BGB. für den Erben besteht, ist ein relatives gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB. Daher finden hier nach § 2211 Abs. 2 BGB. die Vorschriften derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, in jedem Falle entsprechende Anwendung. Somit ist der gutgläubige Erwerber geschützt, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit die Zugehörigkeit der Sache zu einem Nachlaß nicht kannte.

Im Falle des § 161 BGB. liegt zugunsten des bedingt Berechtigten eine dingliche Gebundenheit desjenigen, der ihm das bedingte Recht eingeräumt hat, vor. Diese Unwirksamkeit macht alle weiteren Verfügungen des letzteren jedem Dritten gegenüber unwirksam, sie ist also keine relative, sondern eine absolute. Wenn hier dennoch der gutgläubige Erwerber in seinem guten Glauben geschützt wird, so ist in der Durchbrechung des

---

[1]) Staub Anm. 82 zu § 366.

§ 135 BGB. eine Maßnahme mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit zu erblicken. Dies wird auch von den Motiven bestätigt.[1]) Trotz der absoluten Unwirksamkeit tritt also hier ausnahmsweise der Schutz des guten Glaubens ein, wenn der Erwerber des Gegenstands ohne grobe Fahrlässigkeit von der bereits erfolgten bedingten Verfügung keine Kenntnis hatte. Dies gilt für die aufschiebende wie auch für die auflösende Bedingung und ebenso für den Anfangs- oder Endtermin.

Nach § 2112 BGB. ist die Verfügungsmacht des Vorerben über die zur Erbschaft gehörenden beweglichen Gegenstände im allgemeinen nicht beschränkt. Nur eine solche Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt, ist im Fall des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Nach § 2113 Abs. 3 BGB. finden hier die Vorschriften über den gutgläubigen Rechtserwerb analoge Anwendung, somit ist der gutgläubige Erwerber auch hier geschützt, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit nicht wußte, daß der Gegenstand zu einer Nacherbschaft gehörte. Einen besonderen Schutz zugunsten des Nacherben hat das Gesetz bei den Inhaberpapieren vorgesehen (§§ 2116, 2117 BGB.). Hier tritt die Unwirksamkeit nicht erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge, sondern von Anfang an ein. Die im Falle des § 2128 BGB. völlig fehlende Verfügungsmacht des Erben wird nach § 2129 Abs. 2 BGB. zugunsten des gutgläubigen Erwerbers durchbrochen. War dem gutgläubigen Erwerber die Einsetzung der Verwaltung ohne grobe Fahrlässigkeit nicht bekannt, so wird er hier bei entgeltlichem wie unentgeltlichem Erwerb geschützt (§§ 2129, 2113 BGB.). Wenn auch noch dem Vorerben jede Berechtigung zu einer Verfügung fehlt, während bis jetzt nur ein Mangel in seiner Verfügungsmacht vorhanden war, so ist der Erwerber, wenn die Voraussetzungen des § 2140 BGB. vorliegen, bei entgeltlichen Verfügungen über bewegliche Sachen geschützt, bei unentgeltlichen kann er nach den §§ 932 ff., 1032

[1]) Mot. Bd. 1 S. 261.

BGB. Schutz finden, wenn er annahm, der Gegenstand gehöre nicht zu einer Nacherbschaft.

Nach § 265 ZPO. schließt die Rechtshängigkeit das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die im Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltenden Anspruch abzutreten. Auf den Prozeß selbst bleibt dies ohne Einfluß. Gemäß § 325 Abs. 2 ZPO. ist der gutgläubige Erwerber auch hier geschützt, obwohl nach Abs. 1 dieses Paragraphen das rechtskräftige Urteil für und gegen die Personen, welche nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger geworden sind, wirken soll. Der Schutz des guten Glaubens ist also auch hier gegeben.

Beim gesetzlichen Güterrecht hat der Ehemann ein gesetzliches Recht auf Verwaltung und Nutznießung an dem eingebrachten Gut der Ehefrau (§ 1363 BGB.). Nach § 1395 BGB. kann die Frau ohne ehemännliche Ermächtigung über eingebrachtes Gut nicht verfügen. Nach dem Vorbild der für die Rechtsgeschäfte Minderjähriger ausgesprochenen Grundsätze hat der Gesetzgeber auch hier die Verfügungsfähigkeit der Frau beschränkt (s. §§ 108—112 BGB.). Aus diesem Grunde ist die Wirksamkeit eines Geschäfts über das eingebrachte Gut der Frau nicht nur der Frau, sondern jedem Dritten gegenüber von der Genehmigung des Mannes abhängig. Es muß daher nach § 1404 BGB. ein Dritter die Beschränkungen, denen die Frau nach den §§ 1395—1403 BGB. unterliegt, auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist. Es gibt daher hier nach Bürgerlichem Gesetzbuch keinen Schutz des guten Glaubens für den gutgläubigen Dritten. „Für diese Bestimmung war nach den Motiven das Bedürfnis des praktischen Lebens maßgebend.“[1]) Der Dritte wird also hier in keinem Falle geschützt, mag er in Unkenntnis von der Bedeutung des § 1395 BGB. gehandelt oder die Frau nicht für eine Ehefrau gehalten oder geglaubt haben, daß der Gegenstand zum Vorbehaltsgut gehöre, oder daß die Frau in Gütertrennung

[1]) Mot. z. BGB. Bd. 4 S. 237.

lebe.[1]) Die analoge Anwendung des § 1404 BGB. auf die anderen Gütergemeinschaften ist jetzt nach der herrschenden Ansicht in der Literatur gerechtfertigt. Die Vorschriften der §§ 932 ff. BGB. über den Eigentumserwerb durch guten Glauben versagen daher hier auf Grund der positiven Bestimmung des Gesetzes vollständig, daher kann der gutgläubige Dritte sich dem Manne gegenüber auch nicht auf den Schutz des § 366 HGB. berufen. „Denn der Gesetzgeber, der mit dem § 1404 BGB. die strengen Vorschriften des § 932 BGB. durchbrochen hat, würde mit sich selbst in Widerspruch geraten, wenn sein Wille gegenüber den im § 932 BGB. hinausgehenden Vorschriften des § 366 HGB. versagen könnte.“[2]) Veräußert aber der gutgläubige Dritte seinerseits an einen Dritten weiter, so wird hier dieser zweite gutgläubige Erwerber sowohl nach Bürgerlichem Gesetzbuch wie auch Handelsgesetzbuch (§§ 932 BGB., 366 HBG.) geschützt. Die Frage nun, ob § 366 HGB. hier Anwendung finden kann, obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch in allen Fällen der Gütergemeinschaften nach unserer Ansicht den Schutz des guten Glaubens versagt, ist sehr bestritten. Nur der Fall, daß die Frau Handelsfrau ist, kann für uns in Betracht kommen. Hat der Mann den Gewerbebetrieb der Frau genehmigt oder stillschweigend geduldet, so erwirbt der Dritte ohne weiteres von der Frau gemäß § 1405 Abs. 2 BGB. Dieser Schutz versagt jedoch, wenn der Ehemann von dem Geschäftsbetrieb seiner Frau keine Kenntnis hatte. In diesem Fall greift aber der Schutz des guten Glaubens nach § 366 HGB. ein. Der gutgläubige Erwerb ist also hier wirksam, wenn der redliche Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit die Kenntnis des Ehemanns annimmt. Der § 366 HGB. stößt nach Staub in diesem Falle mit dem § 1404 BGB. nicht zusammen, und deshalb geht hier die Spezialvorschrift des Handelsrechts dem § 1404 BGB. vor.[3])

---

[1]) Hachenburg, Vorträge über das BGB. S. 155; Staub Anm. 36 zu § 366 HGB.; Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 460, 477.

[2]) Staub Anm. 36 zu § 366.

[3]) So Düringer-Hachenburg, HGB. Bd. 2 S. 477; Goldmann § 366 Anm. 5; Staub § 366 Anm. 36; and. M. Lehmann-Ring § 366 Nr. 8; Makower S. 1091.

Daher ist in dem Irrtum des gutgläubigen Erwerbers — der Gewerbebetrieb sei genehmigt und die Frau somit verfügungsberechtigt — ein von § 366 HGB. gedeckter Irrtum zu erblicken.[1]) Da das Recht des Ehemanns auf Verwaltung und Nutznießung an dem eingebrachten Gut der Ehefrau, wie bereits oben erwähnt wurde, kein die Sache belastendes Recht darstellt, so ist die Anwendung von § 366 Abs. 2 HGB. hier ausgeschlossen.

Zum Schluß gehört noch der § 1244 BGB. hierher, bei dem der Erwerber weiß, daß es sich um fremdes Vermögen handelt, er aber gutgläubig den Veräußerer für berechtigt hält, über dies Vermögen zu verfügen. Auch hier muß § 366 HGB. Platz greifen. Die Gutgläubigkeit liegt also dann vor, wenn der Erwerber zwar wußte, daß dem Veräußerer das Pfandrecht nicht zustand, aber annahm, daß der Veräußerer ermächtigt sei, für den Pfandgläubiger die Sache zu veräußern.[2])

Alle diese voranstehenden Fälle sind von uns nur deshalb angeführt worden, weil sie alle, wie sich bereits aus der Erörterung ergibt, für den Handelsverkehr wichtig werden können. Denn sie sind alle Vorschriften zugunsten derer, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, und auf sie alle bezieht sich auch § 366 HGB. Es ist daher einmal der Schutz des guten Glaubens im Sinne des § 366 HGB. in allen den Fällen zu gewähren, in denen — sofern ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes der Veräußerer oder Verpfänder war — der gute Glaube schon dann vorhanden war, wenn der Erwerber zwar gewußt hat, der Veräußerer sei nicht Eigentümer, aber doch gutgläubig angenommen hat, er sei zur Veräußerung für den Eigentümer oder für den, dem die Verwaltung obliegt, befugt. Die Fassung des § 366 HGB. „für den Eigentümer zu verfügen“ ist u. E. extensiv so auszulegen, daß nicht nur die

[1]) RG. Bd. 61 S. 83.

[2]) Näheres s. Makower § 366 Bem. Ib,3; Staub § 368 Anm. 67.

Verfügungen eines eigentlichen Nichteigentümers hierherfallen, sondern alle von uns im vorhergehenden erörterten Fälle, in denen der Veräußerer zwar Eigentümer ist, aber zugunsten eines Dritten in der Verfügung beschränkt ist.

Veräußert oder verpfändet daher ein Kaufmann etwa Sachen, die ihm nur als Erbe gehören, die aber der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegen, oder über die er bereits aufschiebend bedingt verfügt hat, oder die ihm nur auflösend bedingt gehören, oder an denen Veräußerungsverbote bestehen usw., so wird der Erwerber auch dann geschützt, wenn ihm diese Beschränkungen des Veräußerers bekannt sind, er aber ohne grobe Fahrlässigkeit annahm, der Veräußerer dürfe für den Verwalter oder den Dritten, zu dessen Gunsten die Beschränkungen bestehen, mit deren Zustimmung verfügen. Andererseits hat die Anwendung des Schutzes des guten Glaubens auf alle diese Fälle zur Folge, daß die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts des Abs. 3 des § 366 HGB. auch hinsichtlich der genannten Fälle einen vertragsmäßig bestellten, und zwar einem von einem Kaufmann in seinem Handelsbetriebe bestellten Pfandrechte gleichstehen.[1]) Für alle obengenannten Fälle gilt also der erweiterte Schutz des guten Glaubens im Sinne des § 366 HGB. Damit ist hier überall entsprechend den Bedürfnissen unseres entwickelten modernen Verkehrs der Schutz des guten Glaubens gegenüber dem Bürgerlichen Gesetzbuch im Handelsrecht erheblich erweitert worden. Doch muß hier ausdrücklich darauf hingewiesen werden, daß sich die Vorschriften der §§ 932 ff. BGB. und des § 366 HGB. nur auf den gutgläubigen Erwerb von Eigentum und Pfandrecht beziehen. Auf den gutgläubigen Erwerb anderer dinglichen Rechte ist also der § 366 HGB. nicht anwendbar. Es ist also wohl zu berücksichtigen, daß der gutgläubige Erwerber des Nießbrauchs nach dem Handelsgesetzbuch nicht in dieser Weise geschützt ist, weil der Nießbrauch kein Gegenstand des Handelsverkehrs ist. Im Laufe unserer Ausführungen mußten wir eingehender, als wir es ursprünglich be-

[1]) Düringer-Hachenburg § 366 S. 477 Abs. 2; Staub § 366 Anm. 80; Makower § 366 S. 1083.

absichtigt hatten, auf die Bestimmungen des guten Glaubens im Bürgerlichen Gesetzbuch immer wieder zurückgreifen, da wir nur so den Unterschied zwischen beiden herausschälen und damit die Bedeutung des Schutzes des guten Glaubens für das Handelsgesetzbuch feststellen konnten. Nachdem somit jetzt auf Grund der beiden wichtigsten Paragraphen des Handelsgesetzbuchs, der §§ 366, 367, bereits der Schutz des guten Glaubens in seiner ganzen Tragweite für den Handelsverkehr nach allen Seiten hin beleuchtet worden ist, soll jetzt noch zum Schlusse kurz angeführt werden, in welchen anderen Paragraphen des Handelsgesetzbuchs der Schutz des guten Glaubens noch sonst für den Handelsverkehr von Bedeutung ist.

Der Schutz des guten Glaubens hat zunächst im Registerverkehr des Handelsgesetzbuchs Anwendung gefunden. Nach § 15 HGB. kann die nicht erfolgte Eintragung und Bekanntmachung einer einzutragenden Tatsache in das Handelsregister von dem Eintragungspflichtigen einem Dritten nicht entgegengehalten werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war. Diese Bestimmung erfordert die Sicherheit des Verkehrs.[1]) Bei allen registerpflichtigen Tatsachen, d. h. bei allen Tatsachen, deren Eintragung im Ordnungsstrafverfahren zu erzwingen ist, welche nicht eingetragen sind, ist der gute Glaube des Dritten geschützt, wenn der Eintragungspflichtige dem Dritten nicht die Kenntnis der einzutragenden Tatsache nachweisen kann. So haftet z. B. der bisherige Inhaber dem gutgläubigen Dritten für die von dem Geschäftsübernehmer unter der früheren Firma begründeten Verbindlichkeiten, wenn der eingetragene Inhaber eines Handelsgewerbes sein Geschäft mit Firma auf einen anderen überträgt, ohne diese Veränderung in das Register eintragen zu lassen.[2])

Im Falle des § 25 HGB. kann der Dritte so lange an den Geschäftsveräußerer zahlen, bis er von dem Vorhandensein aller

---

[1]) ROHG. Bd. 23 S. 288.
[2]) RG. Bd. 19 S. 197.

Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Satz 2 Kenntnis hat. Diese Vorschrift bezweckt auch hier die Sicherung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Hier kann also der gutgläubige Schuldner mit befreiender Wirkung gemäß § 407 BGB. an den Veräußerer zahlen, bis er von dem Geschäftserwerb mit genehmigter Firmenfortführung in Kenntnis gesetzt wird. Diese Kenntnis wird er entweder durch besondere Benachrichtigung oder durch die auf Grund der Eintragung des Inhaberwechsels erfolgende Bekanntmachung aus dem Handelsregister erlangen. Allerdings läßt letztere Bekanntmachung nicht ersehen, ob die Firmenfortführung mit Einwilligung des Veräußerers geschieht. Es wird aber vermutet, daß der Registerrichter bei der Anmeldung sich die Zustimmung des Veräußerers hat nachweisen lassen.[1]) § 15 Abs. 1 HGB. greift hier nicht Platz, da § 25 HGB. die Eintragung in das Handelsregister dem Beteiligten nicht vorschreibt. Daher kann der gutgläubige Schuldner, wenn er nach erfolgter registerrichterlichen Bekanntmachung des Firmenübergangs an den Veräußerer zahlt, sich hier damit entschuldigen, daß er von dem Übergang der Forderung keine Kenntnis gehabt habe. Die Ansicht von Staub (S. 158), daß in der Eintragung und Bekanntmachung des Firmenübergangs stets eine genügende Anzeige liege, ist somit nicht zutreffend, da dem Schuldner der Nachweis, er habe die Eintragung nicht gekannt und nicht kennen können, immer noch offensteht.

Dagegen tritt der Schutz des guten Glaubens im Falle des § 37 HGB. für den Erwerber nicht ein, wenn er gutgläubig von einem Nichtberechtigten den Firmengebrauch erworben hat. Denn hier darf der Verletzte gegen jeden, also auch gegen den gutgläubigen Erwerber, seinen Anspruch durchsetzen.[2])

Der gute Glaube der übrigen vertretungsberechtigen Gesellschafter wird gemäß § 125 HGB. nicht geschützt, wenn nur einer der Gesellschafter schlechtgläubig ist (vgl. unsere Ausführung beim Erwerb). Die Gesellschaft muß dann das Wissen dieses einen gegen sich gelten lassen. Sein böser Glaube allein genügt,

---

[1]) Goldmann § 106; Staub § 25.
[2]) RG. Bd. 25 S. 5; Makower § 27 IIb, 1.

um einen vom Nichtberechtigten abgeleiteten Erwerb für die Gesellschaft zu hindern[1]) (s. § 166 BGB.).

Bei dem Kommanditistengewinn bringt das Handelsgesetzbuch im § 172 Abs. 5 positiv zum Ausdruck, daß ein auf Grund gutgläubig errichteter Bilanz gutgläubig bezogener Gewinn — also nicht Einlage — in keinem Falle vom gutgläubigen Kommanditisten zurückzubezahlen sei. Der Schutz des guten Glaubens bildet hier eine Ausnahme von der Pflicht des Kommanditisten, die zurückgezahlte Einlage von neuem zu leisten. Der gute Glaube besteht darin, daß der Kommanditist hier annehmen muß, die Bilanz widerspreche nicht den Vorschriften des § 172 HGB. Grobfahrlässiges Nichtkennen der Unrichtigkeit schließt auch hier bereits den guten Glauben aus[2]) (vgl. unsere Ausführung bei der Definition des guten Glaubens).

Auch beim Aktionär gilt die positive Bestimmung (§ 217 Abs. 1 Satz 2 HGB.), daß er das, was er in gutem Glauben als Gewinnanteil oder als Zinsen bezogen hat, in keinem Falle zurückzuzahlen verpflichtet ist. Entscheidend für den guten Glauben ist hier der Moment des Beziehens. Der Aktionär hat nach der neueren Ansicht in der Literatur seinen guten Glauben nicht zu beweisen.[3])

Nach § 287 HGB. ist die Ausgabe von Aktien vor Eintragung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals in das Handelsregister nichtig. Auch der gutgläubige Erwerber erwirbt also an diesen Aktien kein Recht. Aus dieser Sondervorschrift ergibt sich allgemein das Prinzip, die Sicherheit des Aktienverkehrs zu gewährleisten. Daher ist der gutgläubige Erwerber auch nicht geschützt, wenn die Aktienurkunden zu Unrecht in den Verkehr gelangen, vor allem also gestohlen werden.[4]) Anders ist es natürlich, wenn der Diebstahl erfolgt, nachdem die Aktien bereits rechtmäßig dem Verkehr übergeben sind. Für diese Inhaberaktien greift wieder die Regel des § 935 BGB. ein, daß

---

[1]) RG. Bd. 9 S. 145; ZHR. Bd. 40 S. 458.
[2]) RG. bei Gruchot Bd. 37 S. 1163.
[3]) Staub Anm. 12 zu § 217; Lehmann Bd. 2 S. 435.
[4]) Staub § 287 Anm. 1.

an gestohlenen Inhaberpapieren der gutgläubige Erwerb sich vollzieht.

Auf Namen lautende Aktien können nach § 22 HGB. auch durch Indossament übertragen werden, sie fallen somit als Orderpapiere hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens unter die Bestimmungen der Wechselordnung. Dort wird auf sie zurückzukommen sein. Dasselbe ist auch in bezug auf § 365 HGB. für die Orderpapiere zu sagen.

Auf den Schutz des guten Glaubens bei Einbringungen in eine Gesellschaft ist hier nicht mehr zurückzukommen, da er bereits beim „gutgläubigen Erwerb in fremdem Namen" Berücksichtigung fand. Es sei hier auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

In allen vorstehenden Fällen findet der Schutz des guten Glaubens Anwendung, und überall hat ihn hier der Gesetzgeber auf Grund positiver Bestimmungen zum Ausdruck gebracht. Im Handelsgesetzbuch wie im Bürgerlichen Gesetzbuch ist daher der gute Glaube nur dann zu schützen, wenn dies das Gesetz positiv erkennen läßt, in allen andern Fällen dagegen ist der Schutz des guten Glaubens zu versagen. Noch hat also der Gesetzgeber das Legitimationsprinzip nicht unbedingt anerkannt, sondern nur von Fall zu Fall; wenn er im Gesetze dies ausdrücklich bestimmt, folgt er dem alten deutschrechtlichen Prinzip „Hand wahre Hand". — Unsere Ausführungen haben gezeigt, daß, während nach bürgerlichem Rechte nur der geschützt ist, der an das Eigentum oder ein zur Verfügung über die bewegliche Sache im eigenen Namen ermächtigendes Recht des Veräußerers oder Verpfänders an der Sache glaubte, im Handelsrecht der Schutz des guten Gläubens auch dann gegeben ist, wenn der Erwerber den Veräußerer oder Verpfänder zwar nicht für den Eigentümer gehalten, aber angenommen hat, daß derselbe zur Verfügung über die Sache befugt sei. Damit diese stärkere Ausgleichungskraft des guten Glaubens eintreten kann, müssen natürlich alle vom Gesetz erforderten Voraussetzungen vorhanden

sein. Diese Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens im Handelsrecht hat der Gesetzgeber im § 366 kristallisiert, und deshalb ist dieser Paragraph von uns zuerst nach allen Seiten hin behandelt und erörtert worden, da er am besten den Schutz des guten Glaubens für den Handelsverkehr veranschaulicht.

Es wird nun unsere Aufgabe sein, den Schutz des guten Glaubens in der Wechselordnung näher zu untersuchen, um dann das dort gefundene Ergebnis mit dem obigen Ergebnis unserer vorstehenden Ausführungen zu vergleichen.

IV. Abschnitt.

§ 5.

Wie unsere vorstehenden Ausführungen bewiesen haben, war unser Kampfziel namentlich darauf gerichtet, zu zeigen, daß der Begriff des guten Glaubens im Handelsgesetzbuch gegenüber dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Erweiterung erfahren hat. In der Wechselordnung entsteht nun für uns dieselbe wichtige Frage: Wie verhält sich wohl hier der gute Glaube zu dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Handelsgesetzbuchs? Ist dies von uns festgestellt, so wird es für uns leichter sein, zu untersuchen, ob der Begriff des guten Glaubens, so wie er vom Gesetzgeber in diesen drei Gesetzen zum Ausdruck gekommen ist, ein einheitlicher ist oder nicht und welche Folgerungen sich dann für uns event. de lege ferenda aus diesem Schlußergebnis ergeben, um diesem so wichtigen und so vielbestrittenen Begriff des guten Glaubens nach jeder Richtung hin möglichst gerecht zu werden.

In der Wechselordnung finden wir zwei entgegengesetzte Hauptrichtungen vor, die von Staub und Düringer-Hachen-

burg vertreten sind. Staub stellt den Satz auf, daß der Schutz des guten Glaubens in der Wechselordnung erheblich weiter gehe als derjenige nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und nach dem Handelsgesetzbuch. Gegen ihn wendet sich Düringer-Hachenburg, der den guten Glauben mit dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Handelsgesetzbuchs auf eine Stufe stellt. Diese verschiedenen Ergebnisse sind für unsere Untersuchung über den Begriff des guten Glaubens im Handels- und Wechselrecht von so weittragender Bedeutung, daß eine eingehende Behandlung aller derjenigen Fragen, die zu diesen so verschiedenen Resultaten geführt haben, wünschenswert erscheint.

Vorauszuschicken ist noch, daß sich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Schutz des guten Glaubens nur auf den Erwerb von beweglichen Sachen und Inhaberpapieren beziehen und nicht auf Orderpapiere. Die im Handelsgesetzbuch über die Orderpapiere aufgestellten Vorschriften sind, wie dies bereits betont wurde, nach den Grundsätzen der Wechselordnung zu behandeln und werden im Laufe der folgenden Untersuchung behandelt werden.

Um die genannte Streitfrage zwischen Staub und Düringer-Hachenburg in ihrem vollen Umfang und ihrer ganzen praktischen Bedeutung zu erfassen, ist zunächst auf die juristische Natur der Orderpapiere einzugehen. Auf das von uns im Laufe dieser Abhandlung bereits über den guten Glauben Gesagte wird nur, soweit Abweichungen gegeben sind, zurückzukommen sein. Bei der Erörterung der rechtlichen Natur der Orderpapiere werden hier die Inhaberpapiere hinzugezogen werden, da zunächst die Ähnlichkeit beider dies leicht ermöglicht und zugleich auf diese Weise der Begriff des Inhaberpapiers, der für uns bereits in unseren obigen Ausführungen in Frage kam, hier im Zusammenhang mit den Orderpapieren klarer, wie dies bis jetzt der Fall sein konnte, behandelt werden kann.

Die rechtliche Natur der Inhaber- und Orderpapiere ist äußerst bestritten. Dies kommt daher, daß beide ein deutschrechtliches Institut sind, und jeder Versuch, das römische Recht auf sie zur Anwendung zu bringen, somit notwendig scheitern mußte. Wir unterscheiden Inhaber- und Orderpapiere, je nach-

dem, ob die zu zahlende Summe jedem Inhaber des Papiers oder nur dem formell legitimierten Inhaber versprochen wird. Die ältere Theorie sah in beiden nur Papiergeld. Doch sind beide keine allgemeinen Wertmesser, beide haben auch keinen Zwangskurs, wie dies beim Geld der Fall ist, daher dürfte der Begriff des Geldes auf sie nicht anzuwenden sein. Ebenso ist die Auffassung der Inhaber- und Orderpapiere als Ware heute aufgegeben. Denn der Begriff der Ware ist nur ein rein wirtschaftlicher und gibt daher — da vom jeweiligen Standpunkt des Kaufmanns abhängig — keinen allgemeinen Wertmesser. — Eine andere Ansicht ist ferner die, daß die Inhaber- und Orderpapiere einfache Beweisurkunden sind. Diese Auffassung hat viele Anhänger gefunden. „Beweisurkunde kann jeder körperliche Gegenstand sein, der einen Gedanken zum Ausdruck bringt."[1]) Wenn aber das Papier nur Beweisdokument ist, so ist das Forderungsrecht durch die Existenz der Urkunde nicht absolut bedingt. Es ist also gleichgültig, wer die Urkunde besitzt, da der ursprüngliche Gläubiger so lange Gläubiger bleibt, bis er die Forderung auf einen anderen überträgt. Diese Ansicht wurde z. B. von Savigny[2]) und Renaud vertreten. — Jhering und andere sehen in den Inhaber- und Orderpapieren nur „das rechtlich gesicherte Mittel zur Begründung einer Obligation, nicht die Obligation selbst". Allein im Verkehr ist diese Auffassung praktisch unhaltbar, da nach dieser Pendenztheorie der Gläubiger nur die Möglichkeit einer Bezahlung vor sich hätte. — Auf alle sonst noch zahlreich in der Literatur vertretenen Ansichten einzugehen liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit. Es kann hier nur ausgesprochen werden, daß sie alle miteinander unhaltbar und daher sämtlich zu verwerfen sind, da sie der geschichtlichen Entwicklung dieser Papiere keine Rechnung tragen und alle mehr oder weniger das Wesen dieser Papiere völlig verkennen. Es läßt sich nur u. E. die Auffassung allein vertreten, daß die Inhaber- und Orderpapiere Skripturobligationen sind, also verbriefte Forderungen, „die nur durch

[1]) vgl. Knittel S. 22.
[2]) Savigny, OblR. Bd. 2 S. 93—186.

einen Brief entstehen und nur durch den Brief bestehen". Die Existenz der Forderung ist an das Papier untrennbar gebunden, die Obligation ist mit dem Papier eng verknüpft, ja sie ist im Papier selbst verkörpert. Nach Goldschmidt ist daher die Wechselurkunde zugleich Träger der Forderung. Dieser Grundsatz, daß das Papier die Obligation verkörpert, beherrscht das ganze Institut der Inhaber- und Orderpapiere, und in dieser eigentümlichen Verschmelzung von Sachenrecht und Obligationenrecht liegt nach Knittel mit Recht der Schlüssel, der allein imstande ist, alle Schwierigkeiten zu lösen.[1]) Diese eigenartige Verquickung aber ist ein rein germanisches Rechtsinstitut, das bis in das 7. Jahrhundert zurückreicht. Darüber, daß den Römern der Begriff der Skripturobligation völlig unbekannt war, herrscht jetzt in der Literatur kein Zweifel mehr. Ursprünglich konnte im deutschen Recht eine Übertragung der Forderung ohne Einwilligung, insbesondere Neugelobung des Schuldners nicht stattfinden. Um dies nun zu ermöglichen, wurde in die Formulare aufgenommen, daß sich der Schuldner dem einen Genannten verpflichte und demjenigen, „cui dederit hanc cautionem ad exigendum" (sogen. Exekutionsklausel). Es war dieses nicht etwa eine prozessualische Zweckmäßigkeitsformel, sondern eine selbständig neben der ursprünglichen Verpflichtung eingegangene Verpflichtung. Später — etwa im 12. Jahrhundert — wurde dieses Verfahren dahin vereinfacht, daß die Verpflichtung des Schuldners jedem gegenüber bestand, „wer diesen Brief mit seinem Willen innehat". Um dem Gläubiger den Beweis seiner Berechtigung zu dem Brief zu erleichtern, wurden sogen. Willebriefe ausgestellt, die den betreffenden Inhaber des Briefes als „getreuen Hebber" legitimierten. Um dann diese Willebriefe zu ersparen und dadurch zugleich die Übertragbarkeit der Forderungen leichter zu gestalten, wurde dieser ursprünglich lediglich als Beweismittel gedachte Rechtsakt gleich auf der Urkunde vermerkt. Die Übertragungserklärung geschah auf der cautio selber in dorso, d. h. auf der Rückseite durch ein sogen. Indossament. Ursprünglich war nur ein einziges Indossament

[1]) Goldschmidt in seiner ZHR. S. 314; Knittel S. 29.

möglich, dann aber auch ein zweites und später schließlich ein beliebig oft wiederholtes. Dies ist kurz der geschichtliche Vorgang, aus dem das heutige Orderpapier entstand.

Neben diesem Weg bildete sich noch ein anderer dadurch, daß man überhaupt von dem Erfordernis des Ausweises absah. Der bloße Besitz der Schuldurkunde gewährte hier also eine hinlängliche Legitimation, und so entstand — also genau wie das Orderpapier nur mit Abstraktion des Erfordernisses des Ausweises — das alte Inhaberpapier mit der sogen. alternativen Inhaberklausel. Hierdurch war jetzt eine mehrfache Übertragung der Forderung durch einfache Übergabe der Urkunde möglich geworden. Später ließ man dann noch den Namen des ersten Gläubigers bei der Ausstellung der cautio weg und erhielt auf diesem Wege der geschichtlichen Entwicklung das heutige reine Inhaberpapier mit der Klausel „an den Inhaber“ oder auch ohne diese Klausel.

Es können daher nach diesen Ausführungen die Inhaber- und Orderpapiere wie folgt definiert werden: „Das Inhaberpapier ist eine Skripturobligation, welche die Forderung durch einfache Tradition der Urkunde auf einen anderen überträgt“; „das Orderpapier ist eine Skripturobligation, die einen genannten Gläubiger enthält, aber mit der Befugnis für denselben, die Forderung durch Tradition der indossierten Urkunde weiter zu übertragen“. Der Unterschied zwischen beiden besteht also darin, daß erstens das Orderpapier einen benannten Gläubiger, das Inhaberpapier keinen enthält, und daß zweitens beim Inhaberpapier sich die Übertragung der Forderung durch Tradition der Urkunde, bei Orderpapieren durch Tradition der indossierten Urkunde vollzieht. Wenn das Orderpapier in blanco ausgestellt wird, vollzieht sich der Übergang der Forderung bei diesem genau so wie beim Inhaberpapier durch einfache Tradition der Urkunde. Doch besteht hier der Unterschied zwischen beiden darin, daß der Indossatar das Blankoindossament, da dieses nur ein unvollständiges Indossament ist, jederzeit in ein fertiges umwandeln kann. Aus diesem Grunde kann daher nur die Wechselordnung auf das Blankoindossament Anwendung finden.

Die voranstehenden Ausführungen haben bis jetzt ergeben, daß die Forderung sich sowohl bei den Inhaber- wie Orderpapieren in dem Papier selbst verkörpert. Wann, in welchem Augenblick aber vollzieht sich dieser Verkörperungsprozeß? Diesen bedeutsamen Moment festzustellen ist für uns vor allem deshalb von Wichtigkeit, weil er für die Frage, wann der gute Glaube beim Erwerb dieser Papiere vorhanden sein muß, entscheidend ist.

Im allgemeinen kommen, abgesehen von unbedeutenden Besonderheiten,[1]) drei Momente für diese Frage, wann die Verpflichtung des Ausstellers bezw. Indossatars entstanden ist, in Betracht:

1. Der Verkörperungsprozeß ist vollzogen im Augenblick der Niederschrift auf dem Papier.

2. Der Verkörperungsprozeß ist vollzogen im Augenblick, in dem der Aussteller das Papier aus der Hand gibt.

3. Der Verkörperungsprozeß ist vollzogen im Augenblick, in dem der Aussteller die Urkunde dem ersten Gläubiger einhändigt, begibt, also im Moment des Gebens auf seiten des Ausstellers und des Nehmens auf seiten des Gläubigers.[2])

1. Die Anfänge der Kreationstheorie, d. h. der Theorie, die das Entstehen der Verpflichtung des Ausstellers von der Kreierung des Papiers abhängig macht, sind in der Papiergeldstheorie enthalten. Wie bereits oben erwähnt wurde, können die Inhaber- und Orderpapiere überhaupt rechtlich kein Papiergeld sein. Indessen liegt schon in den ersten Erklärungsversuchen der richtige Gedanke, daß das Schreiben der Urkunde für die Verpflichtung des Ausstellers irgendwelche Bedeutung haben müsse. Diese Erkenntnis trug dazu bei, den Satz aufzustellen, daß bereits durch die Niederschrift die Verpflichtung des Ausstellers entsteht. Diese Theorie ist zuerst von Kunze weiter ausgebaut worden. Geschichtlich ist diese Kreationstheorie nicht begründet, doch ist dieser Einwand, obwohl er an sich begründet ist, m. E. für die

---

[1]) Eine Aufstellung über die verschiedenen Theorien, wie Redlichkeitstheorie, Pendenztheorie, Theorie des einseitigen Versprechens usw., ist bei Lehmann S. 145ff. gegeben.

[2]) Knittel S. 36.

Unrichtigkeit der Kreationstheorie doch nicht stichhaltig, da die neuen Bedürfnisse unseres hochentwickelten Verkehrs wohl mit der historischen Entwicklung brechen können, ohne daß damit die neu aufgestellte Theorie ihre Daseinsberechtigung verlieren muß. So unwahrscheinlich diese mit der geschichtlichen Entwicklung völlig brechende Theorie auf den ersten Blick auch aussieht, so darf hierbei nicht vergessen werden, daß heutzutage bereits eine ganze Reihe von Verpflichtungen durch einseitigen Rechtsakt existieren, daß dies also an sich nichts Außergewöhnliches mehr darstellt, und daß die hohen Anforderungen unseres modernen Verkehrs uns berechtigen, eine neue Theorie, wenn diese auch im Gegensatz zum geschichtlich Gewordenen stehen sollte, aufzustellen, die unseren Verhältnissen angepaßt ist.

Die Kreationstheorie findet ihre rechtliche Begründung im Gesetz, und zwar im § 794 BGB. Dieser Paragraph besagt im Abs. 1, daß der Aussteller einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet wird, wenn ihm das Papier vor der Begebung gestohlen wird. Das kann aber nur bedeuten, daß eine Verpflichtung schon bei der Niederschrift bestehen muß, da das Gesetz hier doch unmöglich sagen will, daß die Verpflichtung erst mit dem Diebstahl entstehen soll. — Im Abs. 2 desselben Paragraphen wird gesagt, daß auch nach dem Tode bezw. dem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Ausstellers die vorher von ihm ausgestellten Inhaberpapiere ausgegeben werden können und ihre Wirksamkeit behalten. Dies kann ebenfalls nur bedeuten, daß bereits mit der Niederschrift die Verpflichtung entstanden sein muß. Beide Argumente sprechen also für die Annahme der Kreationstheorie als dem Sinne des Gesetzgebers entsprechend. — Ebenso spricht auch die Fassung des Art. 1 WO. zugunsten der Annahme der Kreationstheorie. Denn wenn dieser Artikel bestimmt, daß jeder wechselfähig ist, der sich durch Verträge verpflichten kann, so heißt das nur, daß wie bei jedem Rechtsgeschäft, so auch bei der Aufstellung eines Wechsels ein gewisser Grad von Geschäftsfähigkeit gesetzlich vorausgesetzt wird, und daß als Maßstab hierfür die feststehende Fähigkeit, sich durch Verträge verpflichten zu können, aufgestellt wird; es bedeutet aber nicht, daß damit, wie die Gegner der Kreations-

theorie behaupten, die Wechselordnung diese von der Hand gewiesen hat.

Obwohl die Kreationstheorie, wie bereits betont wurde, mit der geschichtlichen Entwicklung der Orderpapiere bricht, so wird sie doch in mehr oder weniger modifizierter Form in der Literatur oft vertreten, und ebenso sprechen für sie eine Reihe von Entscheidungen der oberen Gerichte.[1] — So geht Grünhut z. B. davon aus, daß hier die Entstehung von Obligation durch einseitigen Rechtsakt vorliegt. Damit erkennt er die Theorie des einseitigen Aktes an, „jenen zuerst durch Einert eröffneten neuen Weg, von dem aus es gelungen sei, auf einem bis dahin vielfach dunklen Rechtsgebiete das Wort des Rätsels zu finden, worüber so viele Meister der Rechtswissenschaft lange vergeblich gesonnen haben".[2] Der Kern dieser Theorie liegt nach Staub in den Worten Grünhuts: „Die Wechselverpflichtung wird lediglich durch die Unterzeichnung eines in gesetzlicher Form ausgestellten Wechsels eingegangen".[3]

An diese Theorie knüpft Staub an, ohne ihr aber ganz zu folgen. Der Einwand, daß durch die in ihrer reinen Form durchgeführte Kreationstheorie auch der Dieb, Hehler, Finder usw. berechtigt sei, hat Staub zu folgender Modifikation veranlaßt, daß er nur dem gutgläubigen Erwerber gegenüber die Wechselverpflichtung eintreten läßt. Ferner beweist der Blankowechsel nach Staub, daß es genügt, daß die Urkunde nach der Unterzeichnung die gesetzliche Form erhält, denn es ist nach der Lehre vom Blankowechsel nicht notwendig, daß jemand einen fertigen Wechsel unterschreibt, um sich wechselmäßig zu verpflichten". Um erschöpfend zu formulieren, sagt Staub, muß man daher annehmen, daß es statt der Unterzeichnung eines fertigen Wechsels genügt, daß jemand eine Wechselunterschrift abgibt, wobei wir unter Wechselunterschrift eine solche verstehen, welche die Grundlage einer Wechselverpflichtung ist". Aber andererseits muß als drittes Element hinzugefügt werden, daß

---

[1] Cosack, Endemann, Grünhut, Staub, Dernburg und andere; RG. Bd. 4 S. 177; ROHG. Bd. 1. 750.

[2] s. die Vorrede von Grünhut, HGB.

[3] Grünhut Bd. 1 S. 274.

eine vollständige Wechselurkunde hergestellt werden muß, damit eine gültige Wechselverpflichtung entsteht.[1]) Daher entsteht nach dieser erst in der 4. Aufl. von Staub vertretenen Auffassung eine Wechselverpflichtung erst dann, wenn diese drei Elemente zusammentreffen:

1. die Abgabe einer Wechselunterschrift,
2. dem gutgläubiger Erwerb einer mit einer Wechselunterschrift versehenen Urkunde,
3. die Herstellung einer vollständigen Urkunde.

Die Reihenfolge, in welcher diese drei Erfordernisse zur Existenz gelangen, ist nach Staub gleichgültig. Nur ihr Zusammentreffen ist wesentlich. Hier auf eine nähere Begründung dieser drei Elemente einzugehen, verbietet der Umfang des Themas, doch sei auf die §§ 9—17 A. E. Staub 4. Aufl. verwiesen. — Diese neue Staubsche Kreationstheorie wird auch von Cosack[2]) und von Dernburg[3]) vertreten. Damit hat Staub, der in seiner 3. Aufl. noch den Standpunkt vertreten hatte, daß die bloße Niederschrift ein Internum des Ausstellers sei, und daß das Recht nicht die Absicht haben könne, daß man durch Zufall oder Diebstahl Schuldner aus einem Papier wird, das man nicht aus den Händen gegeben hat, und daß eine Verpflichtung erst entstehen könne, wenn man das Papier — gleichgültig in welcher Absicht — aushändige, die Kreationstheorie auf den Schild erhoben. Und zwar, wie Staub meint: „die richtig verstandene, die den Wechsel nicht mit der bloßen Niederschrift, sondern nur dadurch entstehen läßt, daß der Wechsel unterschrieben, vollständig ausgefüllt und im Rechtsverkehr gutgläubig erworben wird, wobei die Reihenfolge dieser drei verschiedenen Akte bedeutungslos ist". Damit gibt Staub aber zugleich zu, daß auch er die Kreationstheorie in ihrer reinen ursprünglichen Form praktisch für undurchführbar hält. Die von ihm vorgenommenen Modifikationen beseitigen die größten Schwierigkeiten, bringen Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Gesetzes und werden

---

[1]) Staub A. E. § 10 4. Aufl.
[2]) Cosack S. 275, 276 Anm. 3.
[3]) Dernburg Bd. 2 § 249.

auch im Erfolge den Vertretern der Vertragstheorie gerecht, da sie sich in ihrer Einschränkung diesen wesentlich nähert.

Während diese mehr praktische Lösung Staubs befriedigt, bietet die Frage nach der juristischen Konstruktion noch immer die Hauptschwierigkeit. Das verkennen auch die Motive nicht.[1]) Sie lassen ausdrücklich dahingestellt, „ob das Prinzip sich vom theoretischen Standpunkt aus rechtfertigen läßt, der Verkehr, der ohne diese Lösung die erforderliche Sicherheit verlöre, erheischt jedenfalls eine Ausnahme", denn man könne doch nicht vom Erwerber verlangen, „daß er die Schuldverschreibung daraufhin prüfe, ob sie von dem Aussteller ausgegeben oder ohne seinen Willen in den Verkehr gebracht worden ist".[2]) Die Denkschrift findet also auch keine Erklärung und spricht nur von einer notwendigen Ausnahme. Dieser Auffassung treten auch wir bei und halten daher eine rein juristische Konstruktion für ausgeschlossen und jeden Versuch einer solchen für unnütz. Denn die Staubsche Kreationstheorie ist nur aus rein praktischen Erwägungen hervorgegangen und bedeutet in ihrer Modifikation ein so starkes Hinüberneigen zu der Vertragstheorie, daß, wie wir im folgenden sehen werden, von einem Unterschied, der doch in diesen verschiedenen juristischen Konstruktionen liegen sollte, kaum noch zu sprechen ist.

Bevor auf die Vortragstheorie eingegangen werden soll, ist hier noch kurz die Emissionstheorie von Stobbe zu erwähnen. Er will die Verpflichtung des Ausstellers schon durch die Fortgabe des Papiers begründet sehen, aber eine Berechtigung für einen andern soll erst durch Hinnahme des Papiers entstehen. Hierin liegt ein Widerspruch, da die Verpflichtung des Ausstellers vor der Berechtigung des Gläubigers entsteht. Stobbe zerlegt nach Knittel einfach den Vertrag in seine zwei Bestandteile, wobei die Emission des Papiers die Offerte, die Hinnahme aber das Akzept darstellt. Wird das Papier vor der Begebung dem Aussteller entwendet, so entsteht eine Verpflichtung des Ausstellers aus dem Papier nicht, da die Obligation gar nicht in

[1]) Mot. z. BGB. Bd. 2 S. 697.
[2]) Denkschr. S. 145.

Existenz tritt. Das Papier ist also völlig wertlos. Dieses Ergebnis Stobbes steht aber dem der reinen Vertragstheorie völlig gleich. Sieht man dagegen in der Emissionstheorie nur das mit Willen aus den Händen des Ausstellers fortgegebene Papier, so ist nach uns hier der Satz, der in den Motiven und in der Denkschrift aufgestellt wurde, anzuwenden, nämlich daß von dem Erwerber nicht verlangt werden kann, das Papier daraufhin zu prüfen, ob es mit oder ohne Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt ist.

Die Theorie, die in der der Kreationstheorie entgegengesetzten Richtung die meisten Vertreter in der Literatur für sich in Anspruch nimmt, ist die Vertragstheorie, die auch Begebungstheorie genannt wird. Hier entsteht die Verpflichtung erst durch die in der Absicht der Wechselhaftung erfolgte Begebung des Wechsels durch Abschluß des Wechselvertrags — dem pactum cambii im Gegensatz zum pactum de cambiando, dem vorbereitenden Wechselabschluß —. Der Verpflichtete muß also hier durch einen sichtlichen Begebungsakt den Wechsel aus den Händen geben, da sonst, wenn ein solcher fehlt, die Urkunde ihm z. B. unfreiwillig abhanden gekommen ist, auch wenn sie später in redliche Hände gelangt sein sollte, eine Verpflichtung nicht entstanden, die obligatio nicht in Existenz getreten ist. Vor dem Begebungsakt ist das Papier, solange der Aussteller selbst die tatsächliche Gewalt noch hat, nach Endemann „ein ruhender Wertträger“ oder nach Grünhut „eine Wertpotenz“. Wert wird ihm nur dadurch verliehen, daß es mit Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt. Das bloße Schreiben und das Herstellen der Urkunde ist als ein Internum des Ausstellers anzusehen und daher unverbindlich. Denn jede Verpflichtung setzt eine Willenserklärung voraus, d. h. eine Willensmitteilung. Eine solche kann aber in dem bloßen Vorgange des Schreibens nicht erblickt werden; denn jede Willenserklärung erfolgt durch Bekanntgabe an einen Dritten und kann daher auch erst mit dieser Bekanntgabe rechtliche Wirkung erlangen.[1])

[1]) Bernstein S. 25.

Die Anhänger der Begebungstheorie behaupten nun, daß an und für sich auf die Entwendung eines solchen „ruhenden Wertträgers“ das bürgerliche Recht Anwendung finden muß. Der Gesetzgeber hat aber hier eingegriffen und bezüglich des Wechsels im Art. 3 WO. bestimmt, daß wenn auch keine Verpflichtung desjenigen eintritt, dessen Erklärung nichtig ist, dennoch das Papier als solches sein Wesen, das ihm durch die Schrift aufgeprägt sei, beibehalten solle. Durch diese Bestimmung der Wechselordnung wurde praktisch verhindert, daß der Verkehr mit Wechseln völlig lahmgelegt werde. Dabei ist aber streng zu beachten, daß eine Verpflichtung in all den Fällen nicht eintritt, in denen das Papier ohne den Willen des Veräußerers aus seinen Händen gelangt ist.

Für die Inhaberpapiere verlangt — abweichend von dieser Bestimmung der Wechselordnung — § 794 BGB. nur die Ausstellung einer Urkunde und die Tatsache, daß das Papier in den Verkehr gelangt ist. Die Schaffung des Papiers allein genügt also nicht. Der Aussteller muß daher hier nicht nur aus dem wirklich abgeschlossenen Begebungsvertrag, sondern auch aus dem bloßen Scheine eines solchen haften, da jeder gutgläubige Dritte zu der Annahme, daß das Papier rechtmäßig in den Verkehr gelangt sei, berechtigt ist. Nicht die Schaffung des Papiers — wie die Anhänger der Kreationstheorie annehmen —, sondern die Verbindung desselben mit der Außenwelt durch das Hineinbringen desselben in den Verkehr bildet den Schein des Begebungsvertrags, und dieser allein ist als der wahre Haftungsgrund anzusehen. Daher ist in § 794 BGB. nach den Vertretern der Begebungstheorie nur eine Fortbildung ihrer Theorie zu erblicken. Sie sehen im Ausstellungsakt den einen Teil des Vertrags und fingieren einfach für den Fall, daß es am wirklichen Begebungsvertrag fehlt, auf seiten des gutgläubigen Erwerbers den anderen Teil des Vertrags — die Annahme —. Nach ihnen setzt der Begebungsvertrag nicht notwendig einen fertigen Wechsel voraus. Wird er unfertig begeben, so ist der Aussteller doch verpflichtet, da er sich dennoch verpflichten will. Daher steht nach ihnen die Begebungstheorie der Zulässigkeit der Blankette keineswegs nicht im Wege.

Die Anhänger der Begebungstheorie machen — dies ergibt sich aus den eben gemachten Ausführungen — kaum noch einen Unterschied zwischen Inhaber- und Orderpapieren. Nach der Wechselordnung entsteht eine Verpflichtung nur durch Begebung. Jeder, der nicht den Wechsel begeben hat, bezw. jeder, dessen Begebung aus irgendeinem Grunde nichtig ist, kann dieses Fehlen der Begebung jedem gegenüber geltend machen, der ihn aus seiner Unterschrift in Anspruch nimmt. Dieses Prinzip ist bei den Inhaberpapieren durchbrochen: jeder Geschäftsfähige — dieses folgt aus § 794 Abs. 2 BGB. als argumentum e contrario —, der ein Inhaberpapier ausgestellt hat, ist auch dann verpflichtet, wenn es ihm gestohlen oder verloren gegangen, oder wenn es sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist, ja selbst dann, wenn er nach der Ausstellung gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist. In allen diesen Fällen des § 794 BGB. ist die Begebung zu fingieren. Während nach den Vertretern der Kreationstheorie § 794 BGB. die Regel darstellt, bildet er nach den Anhängern der Begebungstheorie die einzige Ausnahme. Die ersten machen daher die Ausnahme zur Regel, die zweiten die Regel zur Ausnahme.

Unsere Auffassung geht dahin, daß der Gesetzgeber im § 794 BGB. nur die Kreationstheorie im Auge haben konnte. Denn wenn er den Aussteller des Inhaberpapiers auch dann verpflichtet, wenn dieses sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist, so ist — da das Stehlen und das Verlieren nur Beispiele eines solchen Abhandenkommens sind — hier zum Ausdruck gebracht, daß jedes in den Verkehrgelangen des Inhaberpapiers, ob mit oder ohne Willen des Ausstellers, zur Entstehung seiner Verpflichtung genügt. Damit ist unserer Meinung nach deutlich gesagt, daß zur Entstehung der Verpflichtung des Ausstellers ein Rechtsakt dieses nicht mehr hinzuzukommen braucht, sondern daß mit der Unterzeichnung des Wechsels bereits die Verpflichtung entstanden sein muß, und daß also die bis zum Abhandenkommen entstandene, aber bis dahin ruhende, d. h. nach außen nicht erkennbare Verpflichtung erst im Moment des in den Verkehrgelangens des Papiers auch nach außen hin in Erscheinung tritt und allen ersichtlich wird.

In diesem Moment nun erst den fehlenden Begebungsakt, wie dies die Vertreter der Begebungstheorie tun, zu fingieren, ist nach unserer Ansicht gekünstelt, unnatürlich und zu gesucht, um dem wirklichen Sinne des Gesetzes zu entsprechen. — Der zweite Einwand der Gegner der Kreationstheorie, daß dieser Paragraph nicht auf die Wechselordnung übertragen werden dürfe, da die Wechselordnung lange vor ihm existierte, und ferner daß er als Ausnahmebestimmung für die Inhaberpapiere des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht die diesbezüglichen Bestimmungen der Wechselordnung selbst irgendwie aufheben könne, ist ebensowenig stichhaltig, da der Gesetzgeber u. E. durch den § 794 BGB. die Kreationstheorie auf den Schild erhoben und damit zu erkennen gegeben hat, daß nur dieser Paragraph für die Interpretation der Wechselordnung in Betracht kommen könne, da eine nähere Bestimmung über die etwa anzunehmende Theorie in der Wechselordnung selbst völlig fehlt. Dann ist zu betonen, daß sich die Wechselordnung des Jahres 1847 für unsere moderne hochentwickelte Verkehrsentwicklung bereits völlig überlebt hat, wenn man nur eine Interpretation ihrem genauen Wortlaute nach gestatten wollte. Sie muß daher unbedingt, um sich eben für unsere Zeit noch lebensfähig zu erweisen, im Geiste unserer modernen Rechtsprechung interpretiert werden, und diese berechtigte Forderung kann nur für uns dahin lauten, daß die vom Gesetze im Bürgerlichen Gesetzbuch voll anerkannte Kreationstheorie — die Ausnahme von der Regel nach den Vertretern der Begebungtheorie — nach uns als einzig richtige Regel ohne jedes Bedenken auf die Wechselordnung zu übertragen ist.

Alle diese eben angeführten Gründe bestimmen uns, die Kreationstheorie, wenn auch nicht in ihrer reinen ursprünglichen Form, so doch in der Staubschen Modifikation (4. Aufl.) anzunehmen. Wenn sich auch die Kreationstheorie in dieser neuen Form bereits der Vertragstheorie so nähert, daß beide ineinander überzufließen scheinen und von einem großen Unterschied zwischen ihnen gar nicht mehr die Rede sein kann, so scheint uns doch

die Annahme dieser modifizierten Kreationstheorie richtiger zu sein als die einer modifizierten Begebungstheorie, da die erstere im Gesetz selbst fußt und hier ihre feste Grundlage hat, während die zweite Konstruktion uns, wie bereits betont wurde, gesuchter und daher auch weniger natürlich vorkommt. Wie gesagt, ist die strikte logische Konsequenz beider Theorien in ihrer reinen Form praktisch undurchführbar, da in dem einen Fall der Aussteller, in dem anderen der gutgläubige Dritte zu schwer geschädigt würde. Die aequitas, die bona fides, die das Verkehrsleben beherrscht, verlangt hier eine Mittelstellung. Hierbei entspricht es u. E. jedenfalls mehr der Billigkeit, den Aussteller für haftbar zu erklären, als einen gutgläubigen Dritten, den auch nicht das geringste Verschulden trifft. Denn der Aussteller ist die Veranlassung, daß das Papier existiert und von dem Gutgläubigen als ein vollgültiges Inhaber- oder Orderpapier angesehen wird. Der Aussteller ist auch viel leichter in der Lage, sich zu schützen, als der dritte gutgläubige Erwerber. Denn er kann den Diebstahl fast immer sofort oder doch wenigstens sehr oft kurze Zeit nachher konstatieren und ist daher schneller in der Lage, den Verlust öffentlich bekanntzugeben und das Amortisationsverfahren einzuleiten. Die Sicherheit des Verkehrs kann daher nur gewinnen, wenn man, da hier ein Unschuldiger unbedingt getroffen werden muß, den weniger Unschuldigen trifft. Auch dieses ist zwar an sich unbillig, aber es ist zweckmäßig. Und hier müssen eben die Gründe der Zweckmäßigkeit, so unbillig dies auch erscheint, für die Annahme dieses „privilegium odiosum“ sprechen. Beide — sowohl den Aussteller wie auch den gutgläubigen Erwerber — zu schützen, ist ein Ding der Unmöglichkeit. Daher mußte der Gesetzgeber bei der schweren Wahl des richtigen Weges den Grundsatz: „Der Zweck heiligt die Mittel“ walten lassen und vor allen Dingen der Verkehrssicherheit und der Entwicklung unseres Handels dienend dem gutgläubigen Erwerber seinen vollen Schutz zukommen lassen. Durch die Annahme der Kreationstheorie hat er den Bedürfnissen unseres Verkehrs Rechnung getragen, doch darf auch diese nicht in ihrer reinen logischen Konsequenz durchgeführt werden, da hierdurch die Interessen des Ausstellers

über das notwendige Maß geschädigt würden. Der einzig beschreitbare Weg, der zwischen den scharf entgegengesetzten Interessen des Ausstellers und des gutgläubigen Erwerbers wenigstens einigermaßen ausgleichend und vermittelnd wirken kann und gleichsam den einzig möglichen goldenen Mittelweg darstellt, ist u. E. die Kreationstheorie in der von Staub modifizierten Form, wie dies oben betont wurde. Sie ist für uns die allein brauchbare, und sie allein wird von uns im folgenden vertreten werden. Dieser Theorie im Gesetze klaren Ausdruck zu geben wäre u. M. nach das Beste, was der Gesetzgeber tun könnte, um alle eben erörterten und sich so widerstreitenden Theorien mit einem Schlag aus der Welt zu schaffen. Ein großer Schritt wäre dann vorwärts getan.

Wie aus den bisherigen Ausführungen hervorgeht, ist sowohl bei den Inhaber- wie Orderpapieren das Papier und die in diesem verbriefte Forderung unlöslich miteinander verbunden. Das Papier kann ohne die Forderung gar nicht existieren. Wer ist nun Gläubiger dieser Forderung? Diese Frage gehört noch heute zu den bestrittensten. Uns mit allen Ansichten, die über diese Streitfrage geäußert worden sind, zu befassen, kann hier nicht unsere Aufgabe sein, da dies über den Rahmen dieser Arbeit ginge. Daher sei hier nur unser Standpunkt vertreten. — Gläubiger ist für uns nur der Eigentümer des Papiers. Wer also Eigentum am Papier hat, ist hierdurch auch Gläubiger geworden. Der Eigentümer kann aber das Eigentum an diesem Papier bei Inhaberpapieren nur mit dem „animus dominium transferendi", bei Orderpapieren durch wechselmäßige Tradition übergeben. Fehlt daher dieser „animus", so kann der Nehmer des Papiers auch nicht Eigentümer und damit auch nicht Gläubiger werden. Wäre dagegen schon der Besitzer Gläubiger der Forderung, so wäre z. B. eine Verpfändung von Inhaber- und Orderpapieren unmöglich. Dies wäre aber mit unseren heutigen Bankgeschäften völlig unvereinbar (Lombardgeschäft). Nur die Ansicht also, daß allein der Eigentümer des Papiers Gläubiger sein kann, kann u. E. vertreten werden. Dieses Er-

gebnis ist für uns wichtig, da nur der gutgläubige Eigentümer und nicht der gutgläubige Besitzer des Papiers Gläubiger der in dem Papier verbrieften Forderung sein kann.

Bisher sind von uns immer die Inhaber- und Orderpapiere zusammen auf ihre juristische Natur hin untersucht worden. Der von uns beabsichtigte Zweck war für uns, nachzuweisen, daß für beide Papiere die juristische Natur genau dieselbe ist, und daß daher logischerweise auch die juristische Regelung für beide notwendig dieselben Rechtssätze hinsichtlich des Rechtserwerbs mit sich bringen muß. Dieses aus der juristischen Natur beider Papiere sich ergebende Resultat berechtig uns schon jetzt zur Annahme, daß die Wechselordnung hinsichtlich des guten Glaubens wohl dieselbe oder mindestens eine ähnliche Regelung erfahren hat wie das Handelsgesetzbuch selbst, obwohl uns dieser Schluß bei bloß oberflächlicher Gegenüberstellung der sich entsprechenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs und der Wechselordnung (§ 366 HGB., Art. 74 WO.) auf den ersten Blick fast unmöglich erscheint. Doch darf bei jedem Vergleich dieser beiden Gesetze nie außer acht gelassen werden, daß in Deutschland im Jahre 1847 bei Entstehung der Wechselordnung (vgl. hier unsere Ausführungen im geschichtlichen Abschnitt) zwischen der damals herrschenden römischen Eigentumslehre und dem rein auf deutschrechtlichen Prinzipien beruhenden Institut der Inhaber- und Orderpapiere naturgemäß ein Konflikt entstehen mußte, der anfangs — und dies war bereits ein großer Fortschritt — nur zur Beschränkung der Vindikation im Art. 74 WO. führen konnte, während im § 366 n. HGB. die zur Zeit der Abfassung der Wechselordnung noch völlig unverstandenen deutschrechtlichen Prinzipien jetzt in klarer und durchsichtiger Form ihre Sanktion gefunden haben. Betrachtet man die beiden Paragraphen nur ihrem Wortlaut nach, so bemerkt man sofort einen tiefgreifenden Gegensatz zwischen ihnen. Im Handelsgesetzbuch wird der Erwerber sofort Eigentümer, in der Wechselordnung dagegen ist nur gegen den Besitzer, denn hier wird der gutgläubige Erwerber ja nicht Eigentümer, eine Klage auf

Herausgabe unzulässig. Man muß sich alle diese Gründe immer wieder vor Augen halten, um die beiden Artikel richtig zu interpretieren. Verschiedenheit der Form bedeutet aber keineswegs Verschiedenheit des Inhalts, wenn man den Art. 74 WO. richtig dem Sinne unserer Zeit und dem Geiste unserer heutigen Rechtsordnung entsprechend interpretiert.

Nachdem wir in den voranstehenden Ausführungen es zum besseren Verständnis für nötig befunden haben, unseren eigenen Standpunkt zu den verschiedenen Streitfragen klarzulegen, um dadurch eine einheitlichere Behandlung der folgenden Erörterungen zu erzielen und zugleich hinsichtlich des guten Glaubens zu einem schnelleren und besseren Ergebnis gelangen zu können, da die Schwierigkeiten, die sich im Laufe dieser Abhandlung ergeben hätten, durch die Vorwegnahme der Hauptstreitfragen bereits behoben sind. Es soll nun im folgenden der Schutz des guten Glaubens in der Wechselordnung eingehender behandelt werden, um dann das hier gefundene Ergebnis mit dem oben erzielten Resultate des Handelsgesetzbuchs zu vergleichen und zu konstatieren, ob die von uns auf Grund der gleichen juristischen Natur der Inhaber- und Orderpapiere bereits im voraus gezogene logische Schlußfolgerung, daß nämlich beide sich entsprechenden Bestimmungen in diesen verschiedenen Gesetzen notwendig denselben Sinn haben müssen, berechtigt ist oder nicht. — Auf alle im vorhergehenden bereits ausgeführten Erörterungen wird hier, soweit sie für uns in Betracht kommen, verwiesen werden.

Dieselbe Rolle wie der § 366 HGB. spielt der Art. 74 WO. Denn er regelt den Schutz des legitimierten gutgläubigen Wechselerwerbers, in ihm ist daher genau so wie vorhin im § 366 HGB. der Schutz des guten Glaubens kristallisiert. Die äußere Fassung des Artikels ist bereits im geschichtlichen Teil erörtert und ebenso in dem kurz Voranstehenden hinlänglich erörtert worden, so daß hier auf sie nicht mehr zurückzukommen ist. Die Vor-

aussetzung des Schutzes des guten Glaubens in der Wechselordnung ist das Vorhandensein der wechselrechtlichen Legitimation im Sinne des Art. 36 WO. und guter Glaube gemäß diesem Artikel. Diese Legitimation des Besitzers der Urkunde und ebenso die Prüfung seiner Legitimation bestimmen sich nach Art. 36 WO. Durch diesen Artikel wird bestimmt, daß die Legitimation durch eine zusammenhängende Kette von Indossamenten geführt wird, deren Echtheit der Schuldner nicht zu prüfen braucht. Hierbei sind aber die Pflicht und das Recht des Wechselschuldners zur Prüfung der Legitimation wohl zu unterscheiden. Die Legitimationsprüfungspflicht, deren Nichtbeobachtung den Schuldner trotz seiner Zahlung von seiner Verbindlichkeit nicht befreit, erstreckt sich auf die formale Legitimation des Wechselinhabers, auf die Identität des Wechselinhabers mit der Person, auf welche die formelle Legitimation lautet, aber nicht auf die Echtheit der Indossamente und ebenfalls nicht auf die materielle Legitimation des Wechselinhabers. Bei der Prüfung der formalen Legitimation hat der Wechselschuldner darauf zu sehen, daß ein formgerechtes Indossament vorhanden ist, und daß die Indossamente eine zusammenhängende Reihe bilden. Nach Staub[1]) liegt letztere vor, „wenn der Wechselinhaber den Wechsel als Regreßverpflichteter eingelöst hat, oder wenn alle nicht durchgestrichenen Indossamente von Personen ausgestellt sind, die zur Indossierung legitimiert erscheinen, sei es dadurch, daß sie die Rechtsstellung des Remittenten haben, oder daß sie den Wechsel durch Voll- oder Blankoindossamente erworben haben". Die Kette gilt trotz dem äußeren Anschein als nicht durchbrochen im Falle eines bürgerlichen Erwerbs, z. B. Abtretung, Pfändung und Überweisung, Erbgang usw. Der Erwerber kann die im Orderpapier verkörperte Forderung auch durch bloße Abtretung erhalten. Bei dieser zivilrechtlichen Rechtsnachfolge ist zwar wegen der Präsentation die Übergabe des Papiers ebenfalls erforderlich, aber es findet ein Erwerb des Rechts aus diesem Papier nicht statt; denn es fehlt die im Art. 36 WO. vorgesehene Legitimation. Nur wenn dem Ver-

[1]) Staub Anm. 5 zu Art. 36.

äußerer das Recht zustand, geht es auf den Zessionar über, der Schutz des Art. 74 WO. kommt aber bei dieser Erwerbsform nicht in Frage, sondern hier richtet sich die Vindikation nach anderen Grundsätzen (z. B. §§ 932 ff. BGB., §§ 366, 367 HGB.).[1]) Bei Unterlassung der Prüfungspflicht der Identität des Wechselinhabers mit der Person, auf welche die formelle Legitimation lautet, wird der gute Glaube des Schuldners nicht geschützt. Die mit dieser Pflicht verbundene Gefahr trifft den Schuldner, wenn er an eine Person zahlt, die sich für die durch den Wechsel legitimierte Person fälschlich ausgegeben hat, so befreit ihn diese Zahlung nicht. Sein guter Glaube schützt ihn also nicht vor nochmaliger Zahlung an den wahren Gläubiger.[2]) Die Echtheit der Indossamente braucht der Wechselschuldner nicht zu prüfen. Er kann daher auf Grund eines äußerlich gültigen Indossaments zahlen und sich durch solche Zahlung befreien.[3]) Ebenso kann er sich bei der materiellen Legitimation des Wechselinhabers mit dem Vorhandensein äußerlich gültiger Indossamente begnügen, er kann daher beim Vorhandensein solcher zahlen und sich hierdurch befreien. In den beiden letzten Fällen ist vorausgesetzt, daß der Wechselschuldner bona fide ist; ist er dies nicht oder handelt er grobfahrlässig, so wird er von seiner Zahlung nicht befreit.

Während bisher im vorstehenden von der Pflicht des Wechselschuldners die Rede war, soll jetzt sein Prüfungsrecht kurz betrachtet werden. Dieses Recht erstreckt sich auf alle Erfordernisse einer rechtsgültigen Übertragung. Das Indossament muß nach Art. 11 WO. auf den Wechsel, eine Kopie desselben oder ein mit dem Wechsel oder der Kopie verbundenes Blatt — Allonge — geschrieben werden. Denn nur dieses ist im Gesetze vorgeschrieben. Sonst fehlt jede Bestimmung über die Form des Indossaments und die Stelle, an der es auf dem Wechsel stehen muß. Sodann aber ist ein materiell gültiges Indossament erforderlich, d. h. das Vorhandensein eines gültigen Begebungsvertrags. Es muß immer

---

[1]) RG. Bd. 26 S. 99, Bd. 33 S. 147.

[2]) Lehmann S. 536; Staub Anm. 17 zu Art. 36, Anm. 10 zu Art. 74; anders Grünhut Bd. 2 § 107 Anm. 10.

[3]) ROHG. Bd. 2 S. 281, Bd. 10 S. 405; Grünhut Bd. 2 § 107.

der ganze Wechsel übertragen werden, da Teilindossamente unzulässig sind.[1]) Ein nicht formgerechtes Indossament hat keine Wirkung.

Wer nach den Bestimmungen des Art. 36 WO. durch eine zusammenhängende Kette von Indossamenten legitimiert ist, braucht nach Art. 74 WO. den Wechsel nur dann herauszugeben, wenn er ihn in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei seinem Erwerb eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Mit anderen Worten muß immer auf seiten des Erwerbers guter Glaube vorliegen. Bei der Definition des guten Glaubens im Sinne des Art. 74 WO. ist, wie dies bereits früher ausgeführt wurde, auf § 932 Abs. 2 BGB. zurückzugreifen, und die dort von uns gegebene Definition über den guten Glauben findet in ihrem ganzen Umfang auch auf die Wechselordnung Anwendung. Es kann also der materiell Berechtigte von dem äußerlich durch Indossamente legitimierten Inhaber des Wechsels die Herausgabe nur verlangen, wenn er nachweist, daß der Inhaber des Wechsels in bösem Glauben oder grobfahrlässig gehandelt hat. Der gutgläubige Erwerber des Wechsels ist hiernach, wenn ihm nicht grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, gegen jeden Herausgabeanspruch geschützt. Er erwirbt das Eigentum an dem Wechsel, auch wenn sein Vormann nicht Eigentümer war. Dies gilt selbst dann, wenn die Veräußerung des Wechsels nicht durch einen Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgt war. Insofern geht der Schutz des Art. 74 WO. noch über den des § 366 HGB. hinaus. Die Richtung des guten Glaubens ist hier eine viel weitergehende als sonst bei beweglichen Sachen. Nach den früheren allgemeinen Erörterungen über den guten Glauben vermag dieser regelmäßig nur einen Mangel im Recht des Veräußerers zu heilen, und zwar in der Regel auch nur dann, wenn es sich um ein angeblich eigenes Recht des Veräußerers handelt, nicht aber bei angeblich vorhandener Verfügungsmacht. Ebenso nützt sonst der gute Glaube nichts, wenn das Veräußerungsgeschäft selbst an einem Mangel leidet. Hier bei dem Erwerb der Orderpapiere dagegen heilt der gute Glaube nach dem Art. 74 WO. alle Mängel des

[1]) RG. Bd. 11 S. 148, Bd. 41 S. 115.

materiellen Erwerbsvertrags. Er schließt keinen von der Heilbarkeit aus. Er sagt vielmehr ganz allgemein, daß die formelle Gültigkeit in Verbindung mit dem guten Glauben daran, daß der formellen Gültigkeit auch die materielle entspricht, zum rechtsgültigen Erwerb ausreicht. Fällt dem Erwerber ein Verschulden im Umfange des Art. 74 nicht zur Last, so soll er darauf vertrauen können, daß der formellen Gültigkeit der Kette der Indossamente auch die materielle Gültigkeit entspricht. Dann wird er in jedem Falle geschützt, mag er auch nur an eine bloße Verfügungsmacht des Veräußerers oder an seine allgemeine Verfügungsfähigkeit (Geschäftsfähigkeit) geglaubt haben. Der gutgläubige Erwerber wird daher im Besitze des Wechsels nicht nur dann geschützt, wenn er den Veräußerer für den Eigentümer hielt, und auch nicht bloß dann, wenn er den Wechsel von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb erworben hat und an dessen Veräußerungsbefugnis glaubte, sondern auch dann, wenn er den Wechsel von einem Nichtkaufmann erwirbt und an dessen Veräußerungsbefugnis glaubt, schließlich aber auch dann noch, wenn der gute Glaube darin besteht, daß er an die in Wahrheit nicht vorhandene Veräußerungsfähigkeit des Veräußerers glaubt.[1]) Bernstein, Grünhut, Dernburg, Rehbein u. a. m.[2]) stehen auf dem gleichen Standpunkt. Bei allen ist für die Gutgläubigkeit oder Bösgläubigkeit der Augenblick des Wechselerwerbs selbst entscheidend, eine später erlangte Kenntnis des Mangels gereicht dem Erwerber nicht zum Nachteil. Auch sei hier betont, daß unsere Definition des guten Glaubens dieser mit Nichtwissen ohne grobe Fahrlässigkeit identisch ist. So ist z. B. von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die Nichtkenntnis der handelsgerichtlichen Eintragungen eine grobe Fahrlässigkeit in sich schließt oder nicht. Denn § 15 HGB. kann hier nicht Platz greifen, weil ein besonders schuldhaftes Verhalten hier erfordert wird. Daher ist in allen Fällen dem Ermessen des Richters die größte Elastizität zu lassen.

---

[1]) RG. Bd. 55 S. 49ff.; s. Staub Art. 74 Anm. 3.

[2]) Staudinger Bd. 3 § 932 Bem. II, 1g; Bernstein S. 280; Grünhut Bd. 2 S. 124; Rehbein Anm. 2; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 74.

Nach Staub reicht, wie oben betont wurde, die formelle Gültigkeit in Verbindung mit dem guten Glauben zum rechtsgültigen Erwerb aus. Der Erwerber eines Wechsels braucht nach ihm nach Prüfung der formellen Richtigkeit der Indossamente nur in gutem Glauben darüber zu sein, daß auch das letzte Indossament, durch das er den Besitz des Wechsels erlangt hat, materiell gültig ist, d. h. er muß ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen können, daß der Veräußerer ihm den Wechsel übertragen konnte und auch wollte. Mit andern Worten: der gute Glaube kann nach Art. 74 WO. alle Mängel des materiellen Erwerbsvertrags heilen.

Gegen diese von Staub vertretene Ansicht wendet sich Düringer-Hachenburg in seinem Kommentar zum Handelsgesetzbuch.[1]) Als Prinzip wird von ihm der Satz aufgestellt, daß die Vorschrift des Art. 74 WO. sich mit den Grundsätzen decke, welche in den §§ 931, 933 BGB. und § 366 HGB. aufgestellt sind. Nach ihm bezieht sich der Art. 74 WO. „nur auf die dem letzten Indossamente vorhergehenden Indossamente, wie der Hinweis auf Art. 36 WO. beweist". Für diese Indossamente genügt nach ihm die formelle Tatsache, daß eine zusammenhängende Girokette vorliege. Das letzte Indossament aber, das den Indossatar selbst als Eigentümer und damit auch als Gläubiger legitimiert, muß materiell wirksam sein, und nur insoweit, als der Indossatar die Rechte des Indossanten an der Urkunde als vorhanden annahm, die aber in Wahrheit fehlten, heilt sein guter Glaube diesen Mangel, nicht aber auch den Mangel der Geschäftsfähigkeit usw...., wie Staub dies annimmt. Düringer-Hachenburg läßt also auf den letzten Erwerbsakt, der den Inhaber legitimiert, die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs und Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden, während bezüglich des guten Glaubens der früheren Erwerbsakte eine Prüfung nur in der Richtung erforderlich ist, daß die Indossamentenreihe eine bis auf den Erwerber hinunterlaufende, zusammenhängende ist. Diese Behauptung Düringer-Hachenburgs, daß das auf den Wechselinhaber lautende Schluß-

[1]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 455 ff.

indossament stets materiell wirksam sein müsse und daß hier die Gutgläubigkeit nicht helfen und nichts heilen könne, ist von Staub[1]) zurückgewiesen worden, indem letzterer folgendes ausführt: der Art. 74 WO. besage, wie der Hinweis auf Art. 36 WO. ergebe, nicht, „daß nur bei vorangehenden Indossanten die formelle Tatsache der zusammenhängenden Girokette genüge", denn Art. 36 spreche „nicht von einer bis auf den Indossanten heruntergehenden Kette, sondern von einer bis auf den letzten Indossatar, den Wechselinhaber, heruntergehenden Kette von Giros". Es kann hier nur dieser Ansicht Staubs beigetreten und damit die Ansicht Düringer-Hachenburgs zurückgewiesen werden. Näher auf die Gründe dieser beiden Hauptgegner einzugehen, würde zu weit führen.

Der Art. 74 WO. gilt selbstverständlich auch bei abhanden gekommenen Papieren, da eine dem § 935 BGB. entsprechende Bestimmung fehlt.

Mit dem in gutem Glauben erworbenen Eigentum am Orderpapier geht das in der Urkunde verkörperte Recht auf den Erwerber über. Dieses neue Recht ist aber nichts weiter als das Eigentum. Auf Grund unserer heutigen Rechtsordnung kann man nur diese Schlußfolgerung ziehen, da wir ein Untergehen des Eigentums des wirklichen Eigentümers zugunsten des neuen gutgläubigen Erwerbers aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch kennen, während im Jahre 1847 ein solches Untergehen des Eigentums noch unmöglich war. Daher hat es für uns keinen Sinn, den Art. 74 im Sinne seiner Zeit zu interpretieren und ein bloßes Nichtgeltendmachenkönnen des Eigentums auf seiten des wirklichen Eigentümers anzunehmen, sondern der heutige Stand unserer Rechtsordnung zwingt uns, den Art. 74 WO. aus dem Jahre 1847 dahin zu interpretieren, daß der gutgläubige Erwerber legitimer, vollberechtigter Eigentümer des Wechsels wird. Sein Rechtserwerb ist daher ein originärer, denn in jedem neuen Erwerber erneuert sich auch das Eigentum, und immer wieder erlischt das frühere des wirklichen Eigentümers zugunsten des gutgläubigen Erwerbers.

---

[1]) Staub, WO. Art. 74 Anm. 3.

Eine Besonderheit gilt bei einzelnen Orderpapieren des § 366 HGB., nämlich beim Konnossement der Seeschiffer, dem Ladeschein der Frachtführer und dem Lagerschein der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten. Diese sogen. Dispositions- oder Traditionspapiere sind an sich auch Forderungspapiere, sofern die Geltendmachung des Anspruchs auf Aushändigung des beförderten oder eingelagerten Gutes an die Präsentation des Papiers geknüpft ist. Aber sie haben auch insofern sachenrechtliche Bedeutung, als die Übergabe des Papiers an den zur Empfangnahme des Gutes durch das Papier Legitimierten für den Erwerb von Rechten an dem Gut dieselbe Wirkung hat wie die Übergabe des Gutes selbst (§§ 647, 450, 424 HGB.). Das Indossament hat also hier dieselbe Wirkung wie die Übergabe der Ware selbst, d. h. der Umlauf des Papiers bewirkt den Umlauf der Ware.[1]) Hieraus folgt, daß bei Indossierung des Papiers, dem auch hier wieder die Blankotradition gleichsteht, der redliche Erwerber genau das gleiche Recht an dem Gut erwerben muß, welches er an dem Papier erwirbt. Er ist daher beim Erwerb dieser Papiere weit günstiger gestellt als bei dem des Gutes gemäß §§ 932—936 BGB. Denn hier heilt der gute Glaube auch für den Erwerb des dinglichen Rechts an der Ware — abweichend vom Bürgerlichen Gesetzbuch — nicht nur das mangelnde Eigentum des Veräußerers, sondern alle Mängel des materiellen Begebungsvertrags.[2]) Erforderlich ist aber für diese Wirkung ein Erwerb durch Indossierung des Papiers. Erfolgt dagegen der Rechtserwerb etwa durch Abtretung des Dispositionspapiers, so findet hier zwar ebenfalls nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein Schutz des gutgläubigen Erwerbs statt. Denn der Aussteller solcher Papiere wird durch die Übernahme der Ware dem Eigentümer der Ware und ersten Nehmer der Papiere gegenüber unmittelbarer Besitzer und kann daher auch ohne Indossament, nämlich durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe — gemäß §§ 931, 934 BGB. — das Eigentum übertragen. Doch steht dieser auf Grund der Ab-

[1]) RG. Bd. 34 S. 74; JurW. 1904 S. 215.
[2]) Staub, HGB. § 365 Anm. 9 u. 10.

tretung erfolgte Erwerb nur unter dem beschränkten Schutz der §§ 932—936 BGB.[1])

Der Erwerb des Pfandrechts und des Nießbrauchs an einem Orderpapier hat im Bürgerlichen Gesetzbuch seine Hauptregelung gefunden. Für das Pfandrecht enthält § 1292 BGB. eine Sondervorschrift über die Verpfändung von Wechseln und andern indossablen Papieren: „Zur Verpfändung eines Wechsels oder eines andern Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Übergabe des indossierten Papiers". Das Gesetz sagt „genügt", setzt also offenbar daneben die Möglichkeit einer andern Form der Verpfändung voraus. Als solche dürfte allein die allgemeine Form für die Verpfändung von Rechten bezw. Forderung gemäß §§ 1274 ff. BGB. zur Anwendung kommen. Dies ist die Verpfändung durch Zession. Wie die Protokolle ausführen, wurde das Wort „genügt" bei der Abfassung des Gesetzes in der ausdrücklichen Absicht gewählt, daß „die Möglichkeit der Verpfändung des Rechts aus dem Wechsel nach Art der Abtretung offengehalten werde". Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß für die Orderpapiere zwei Verpfändungsarten möglich sind, und diese Auffassung ist auch fast ausnahmslos in der Literatur vertreten. Bei der Verpfändung mittels Zession sind allein maßgebend für die Entstehung und Wirkung des Pfandrechts die Vorschriften der §§ 1273 ff. BGB., denn die Zession ist ein rein zivilrechtlicher Akt. Der § 1273 Abs. 2 BGB. schließt aber die Anwendung der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtverfügungsberechtigten auf die Verpfändung von Rechten aus. „Der Zessionar erwirbt also die Wechselforderung und mit ihr das Wechseleigentum nur aus dem Rechte des Zedenten, d. h. er erwirbt nur die Rechte des Zedenten aus dem Wechsel, während der Indossatar auf Grund des Indossaments (Art. 10 WO.) das Recht des Zedenten aus dem

[1]) Staub, HGB. § 365 Anm. 11, § 363 Anm. 37; RG. Bd. 33 S. 147.

Wechsel nach Maßgabe des Inhalts der Wechselurkunde und das Eigentum als eigenes Recht erwirbt.“ [1]) Daraus folgt mit Notwendigkeit die Unanwendbarkeit des Art. 74 WO. auf den Zessionar. Der Zessionspfandgläubiger eines Wechsels kann sich also überhaupt nicht auf seinen guten Glauben berufen. Er hat daher, wenn der Verpfänder zur Verfügung über den Wechsel nicht berechtigt war oder ein sonstiger Mangel im Verpfändungsgeschäft vorlag, ein gültiges Pfandrecht gar nicht erworben und muß also dem rechtmäßig Vindizierenden weichen. Ein Schutz des gutgläubigen Erwerbs findet bei der Zessionsverpfändung also nicht statt, wohl aber bei der Indossamentsverpfändung, und zwar ist bei der letzteren der Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbers aus Art. 74 WO. zu entnehmen, obwohl das Verpfändungsindossament nicht die Wirkung hat, auf den Indossatar Eigentum zu übertragen, für diesen vielmehr nur ein Pfandrecht an der Urkunde wie an der Forderung begründet.

Gemäß Art. 74 WO. erwirbt der Pfandgläubiger — sofern die Verpfändung nach § 1292 BGB. durch Indossierung bewirkt ist — stets ein gültiges Pfandrecht, wenn er beim Erwerb im guten Glauben war und ihm eine grobe Fahrlässigkeit hierbei nicht vorzuwerfen ist; worauf sich sein guter Glaube bezogen hat, ist irrelevant, denn Art. 74 WO. läßt ja, wie wir bereits gesehen haben, durch den guten Glauben des Indossatars sämtliche Mängel des Übertragungsgeschäfts heilen. Auch hier genügt ein Blankoindossament und ebenso die sogen. Blankotradition.[2]) Durch die Indossierung erlangt aber u. E. der Pfandgläubiger nicht die Stellung eines fiduziarisch berechtigten Eigentümers des Orderpapiers, wie dies häufig in der Literatur angenommen wird, sondern nur die eines Pfandgläubigers.

Bei den Dispositionspapieren ist auch für den Pfandrechtserwerb zu unterscheiden, ob die Verpfändung der Ware durch Einigung und Übergabe des indossierten Papiers erfolgt oder nur nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch Einigung und Übergabe, wobei die Übergabe da-

---

[1]) RG. Bd. 33 S. 147.

[2]) Biermann § 1292 Bem. 1; Staub § 368 Anm. 15.

durch ersetzt werden kann, daß der Verpfänder auf den Pfandrechtserwerber seinen mittelbaren Besitz überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt (§ 1205 BGB.). Im ersteren Fall genießt der gute Glaube wieder den weiteren Schutz der Wechselordnung, den der gutgläubige Erwerb von Orderpapieren durch Indossament gewährt (Art. 74 WO.); im zweiten Fall finden wiederum nur die allgemeinen Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens nach Bürgerlichem Gesetzbuch Anwendung (§§ 1205 ff. BGB.).[1])

Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Orderpapier richtet sich nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 1069 BGB.). Hiernach kann der Nießbrauch ebenfalls entweder durch Abtretung des in dem Papier verbrieften Forderungsrechtes und durch Übergabe des Papiers oder aber durch Übergabe des indossierten Papiers übertragen werden.[2]) Nur bei dieser letzten Übertragungsform durch Indossament, nicht aber bei der ersteren wird entsprechend dem Erwerb des Pfandrechts der gute Glaube des Erwerbers geschützt.

In allen Fällen, in denen die Bestimmungen der Wechselordnung Platz greifen, besteht der Inhalt des Schutzes des legitimierten gutgläubigen Wechselerwerbers darin, daß er gegen jede Vindikation geschützt ist. Kein Dritter kann, wenn die Voraussetzung des Art. 74 WO. erfüllt ist, wenn also das Vorhandensein der wechselrechtlichen Legitimation nach Art. 36 und guter Glaube im Sinne des Art. 74 WO. gegeben ist, von dem Besitzer die Herausgabe seiner eigenen Sache verlangen. Daraus ist aber — entsprechend den §§ 932, 936 BGB. und § 366 HGB. — nur zu folgern, daß der legitimierte gutgläubige Wechselerwerber Eigentümer des Wechsels wird und frühere Eigentums- und sonstige dingliche Rechte am Wechsel durch solchen gutgläubigen Erwerb erlöschen. Soweit ist der Schutz

[1]) Staub § 388 Anm. 21, 22; Staudinger Bd. 3 § 1207.
[2]) Biermann S. 1081.

des guten Glaubens, der in Art. 74 WO. enthalten ist, zu interpretieren, da ein bloßes Nehmen der Eigentumsklage dem wirklichen Eigentümer gegenüber, ohne daß ein Erlöschen seines Eigentums eintreten würde, mit unserer heutigen Rechtsordnung — dem Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch — in krassem Widerspruch stände. Diese in diesem Sinne verstandene Bestimmung des Art. 74 WO. ist auch auf alle diejenigen Fälle auszudehnen, in denen um Surrogate des Wechsels gestritten wird, so z. B. um die vom Wechselbeklagten auf Grund des Art. 73 hinterlegte Wechselsumme,[1]) und nach Staub ebenfalls auf die Rechtsstellung des Wechselbesitzers gegenüber dem Schuldner. — Soweit der gute Glaube dem Rechtserwerb des letzten Indossatars schützend zur Seite steht (Art. 74, 82 WO.), greifen auch Einwendungen, die gegen die materielle Seite der Legitimation gemacht werden könnten, wie z. B. mangelnde Verfügungsbefugnis oder Echtheit des Indossaments usw., nicht Platz.

In der Wechselordnung ist der Schutz des guten Glaubens dem Gemeinschuldner — ebenso wie im Handelsgesetzbuch — zu versagen, da in Ansehung des Wechselrechts durch Nichtaufnahme der entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Wechselordnung in die Konkursordnung zum Ausdruck gebracht worden ist, daß derjenige, der den Wechsel vom Gemeinschuldner erwirbt, nicht geschützt sein soll.

Es seien hier zum Schlusse noch die §§ 222, 363—365 HGB. erwähnt, da, wie bereits früher von uns ihre Beziehung zum Wechselrecht hervorgehoben worden ist, eine solche Betrachtung zu unserer Aufgabe gehört.

Gemäß § 222 Abs. 3 HGB. kann die Übertragung der Namensaktien und der Interimsscheine kraft Gesetzes durch Indossament erfolgen, daher gelten sie, wenn sie durch Indossament übertragen werden, immer als Orderpapiere. Es finden daher auf sie die Vorschriften der Wechselordnung im Sinne unserer obigen Ausführungen Anwendung. Dasselbe gilt auch von den

[1]) Staub Anm. 9 zu Art. 74.

sogen. handelsrechtlichen Orderpapieren der §§ 363—365 HGB. Zu diesen Papieren gehören sieben verschiedene Arten: die kaufmännischen Anweisungen, die kaufmännischen Verpflichtungsscheine, die Konnossemente der Seeschiffer, die Lagerscheine der Frachtführer, die Lagerscheine gewisser Anstalten, die Bodmereibriefe und die Transportversicherungspolicen. Alle diese Papiere sind nicht, wie der Wechsel, die Namensaktie und der Interimsschein (Art. 9 Abs. 1. WO.; §§ 22, 224 HGB.), kraft Gesetzes Orderpapiere, d. h. immer durch Indossament übertragbar, sondern nur wenn sie auf Order ausgestellt sind. Der Aussteller dieser Urkunde hat es also in der Hand, ob er sie durch Aufnahme der Orderklausel unter die zum Umlauf bestimmten kaufmännischen Orderpapiere einreihen und dann an jeden durch Indossament legitimierten Inhaber leisten will oder nicht. Versieht er sie mit der Orderklausel, so finden auf sie die Vorschriften des Art. 74 WO. Anwendung.

Unsere Ausführungen über den Schutz des guten Glaubens im Handels- und Wechselrecht haben gezeigt, wie umstritten der Begriff dieses für unser Verkehrsleben so wichtigen Instituts auch heute in der Literatur noch ist. Worin liegt aber der eigentliche Grund dieser großen Meinungsverschiedenheit? U. E. ist er vor allem darin zu suchen, daß eine klare und allgemein brauchbare Definition des guten Glaubens fehlt, der Begriff daher von jedem mehr oder weniger willkürlich nach seiner Weise ausgelegt wird und somit jede juristische Konstruktion von der andern immer wieder abweicht, wodurch die Schwierigkeiten einer Klärung dieses Begriffs nur noch mehr gesteigert werden. Daher sind für den Gesetzgeber u. A. nach nur zwei Wege allein gangbar. Entweder er stellt eine Definition auf, die als unanfechtbare Basis auf alle drei Gesetze — Bürgerliches Gesetzbuch, Handelsgesetzbuch und Wechselordnung — Anwendung finden und von der aus er immer erweiternd oder einengend aufbauen kann je nach den Bedürfnissen des einen oder anderen Falles, oder aber er gibt überhaupt keine Definition und läßt so dem Begriffe seine ganze Elastizität. Damit wäre dann der Richter im zweiten Falle vor die Aufgabe gestellt, den Begriff

des guten Glaubens von Fall zu Fall herauszuschälen und ihn immer wieder von neuem dem Rechtsbewußtsein unseres Volkes und den Verkehrsbedürfnissen unserer Zeit anzupassen. Dieser zweite Weg wäre der unglücklichen Lösung, die der Schutz des guten Glaubens in unserem Gesetze gefunden hat, immer noch vorzuziehen, da er dem Richter wenigstens volle Freiheit ließe, statt ihn wie jetzt beim Fehlen einer klaren und immer verwendbaren Definition bald zu fesseln, bald wieder in seiner Entscheidung frei zu lassen. — Dann aber ist es ganz unverständlich, wie heute der Art. 74 WO. in seiner naiven, unwissenschaftlichen und unjuristischen Fassung überhaupt noch existieren und Gesetzeskraft haben kann. Nur auf dem Wege einer geradezu „akrobatischen Interpretation" ist es noch möglich, diesen Artikel in seiner unglücklichen Fassung von 1847 mit der Fassung, die der Schutz des guten Glaubens heute im Bürgerlichen Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch erfahren hat, zu vereinen. Er ist das Haupthindernis einer einheitlichen Regelung und muß daher einfach fallen, um einer Fassung Platz zu machen, die der Formulierung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsgesetzbuches entspricht und die damit zugleich das zwischen den drei Gesetzen bestehende Verhältnis klarlegt. Dann erst dürften die vielen Streitfragen, die im Laufe dieser Arbeit sich gezeigt haben, verschwinden und endlich die so wünschenswerte Klärung des Begriffs eintreten. Als Fassung, die nach unserer Ansicht am meisten einer einheitlichen Regelung Rechnung trüge und sich zugleich als Folgerung unserer obigen Ausführungen ergäbe, schlagen wir folgende vor:

> Art. 74: „Der gute Glaube heilt, über die diesbezüglichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Handelsgesetzbuches hinausgehend, alle Mängel des materiellen Erwerbsvertrags".

Mit dieser Fassung wäre u. E. den Bedürfnissen unseres Verkehrs am meisten entsprochen, denn dieser muß gerade hier den weitestgehenden Schutz des guten Glaubens unbedingt beanspruchen, um sich voll und ganz entwickeln zu können. Jede weitere Einschränkung des Begriffs würde nur eine Menge neuer Schwierigkeiten und damit auch neue Streitfragen schaffen, die

bei dem leichten und schnellen Güteraustausch unserer heutigen Zeit nur hemmend und lähmend wirken würden.

Auf Grund unserer Untersuchungen ist kurz zusammengefaßt das Verhältnis des Schutzes des guten Glaubens in den drei Gesetzen — dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Handelsgesetzbuche und der Wechselordnung — folgendes:

> Nach den §§ 932—936 BGB. wird der gutgläubige Erwerb nur dann geschützt, wenn der gute Glaube darin besteht, daß der Erwerber den Veräußerer für den Eigentümer gehalten hat. Das Handelsgesetzbuch erweitert mit seinem § 366 diesen Schutz insofern, als es beim Erwerb von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes den gutgläubigen Erwerber auch dann schützt, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Veräußerungsbefugnis des Veräußerers umfaßt. Noch weiter als das Handelsgesetzbuch geht die Wechselordnung, da hier der gute Glaube des Art. 74 alle Mängel des materiellen Erwerbsvertrags heilt.

So erfährt der Schutz des guten Glaubens vom Bürgerlichen Gesetzbuche über das Handelsgesetzbuch und von diesem über die Wechselordnung eine immer größere Erweiterung, die der verschiedenen Aufgabe, die durch diese drei Gesetze gelöst werden soll, auch völlig entspricht.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.